

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



TESIS DOCTORAL

Tratamiento jurídico de la violencia de género:
aspectos constitucionales, penales y procesales

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA
PRESENTADA POR

Ana Isabel Serrano Esteban

Directora
Carmen Armendáriz León

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
MADRID



FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

**TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO:
ASPECTOS CONSTITUCIONALES, PENALES Y PROCESALES**

TESIS DOCTORAL

Madrid-2015

Presentada por	Ana Isabel Serrano Esteban
Dirigida por	Dra. D^a. Carmen Armendáriz León

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ASPECTOS CONSTITUCIONALES, PENALES Y PROCESALES

RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	10
INTRODUCCIÓN.....	19

CAPÍTULO 1

LA LO 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU CONSTITUCIONALIDAD

1.1 Objetivo.....	25
1.2 Trámite parlamentario y trabajos legislativos previos a la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.....	25
1.2.1 Referencias parlamentarias anteriores al Anteproyecto de la Ley Orgánica Integral contra la Violencia ejercida sobre la Mujer de 2004.....	25
1.2.2 Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer.....	30
1.2.2.1 Informe del Consejo General del Poder Judicial.....	30
1.2.2.2 Informe del Consejo de Estado.....	39
1.2.2.3 Informe del Consejo Económico y Social.....	41
1.2.2.4 Comparecencias Parlamentarias.....	43
1.3 Precedentes resueltos por el Tribunal Constitucional.....	60
1.3.1 Auto del Pleno del Tribunal Constitucional nº 233/2004, de 7 de junio.....	62
1.3.1.1 Posición doctrinal y crítica personal.....	65
1.3.2 Auto del Pleno del Tribunal Constitucional nº 332/2005, de 13 de septiembre....	68
1.3.2.1 Posición doctrinal y crítica personal.....	69
1.4 Cuestiones de inconstitucionalidad inadmitidas a trámite por el Tribunal Constitucional.....	71

1.4.1 Autos del Tribunal Constitucional nº 13 a 15/2006, de 17 de enero.....	71
1.4.1.1 Posición doctrinal y crítica personal.....	74
1.4.2 Auto del Tribunal Constitucional nº 133/2006, de 4 de abril.....	75
1.4.2.1 Posición doctrinal y crítica personal.....	76
1.4.3 Auto del Tribunal Constitucional nº 134/2006, de 4 de abril.....	76
1.4.3.1 Posición doctrinal y crítica personal.....	79
1.4.4 Auto del Tribunal Constitucional nº 135/2006, de 4 de abril.....	81
1.4.4.1 Opinión personal y crítica personal.....	83
1.4.5 Auto del Tribunal Constitucional nº 136/2006, de 4 de abril.....	84
1.4.5.1 Opinión y crítica personal.....	85
1.5 Cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite por el Tribunal constitucional.....	86
1.5.1 Cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional en relación con la prohibición de aproximación y comunicación de los artículos 48.2 y 57.2 del Código Penal.....	86
1.5.1.1 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 139/2008, de 28 de octubre.....	86
1.5.1.1.1 Crítica personal.....	88
1.5.1.2. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 60/2010, de 7 de octubre.....	89
1.5.1.2.1 Posición doctrinal y crítica personal.....	95
1.5.1.3 Otras cuestiones similares resueltas por el Tribunal Constitucional.....	98
1.5.1.3.1 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 80/2010, de 26 de octubre.....	98
1.5.1.3.2 Sentencias del Tribunal Constitucional nº 141/2008, de 30 de octubre y nº 115/2010, de 24 de noviembre.....	100
1.5.2 Cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional planteadas en relación a los artículos 148 y 153 del Código Penal.....	101
1.5.2.1 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 59/2008, de 14 de mayo.....	101
1.5.2.1.1 Antecedentes.....	101
1.5.2.1.2 Posición del Ministerio Fiscal.....	104
1.5.2.1.3 Traslado a los demás órganos legitimados e informe de la Abogacía del Estado.....	104
1.5.2.1.4 Pronunciamiento del Tribunal Constitucional.....	105
1.5.2.1.5 Votos particulares emitidos a la sentencia.....	109

1.5.2.1.6 Opinión doctrinal y crítica personal.....	112
1.5.2.2 Otras cuestiones de inconstitucionalidad admitidas en relación al artículo 153 del Código Penal.....	117
1.5.2.2.1 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 81/2008, de 17 de julio.....	118
1.5.2.2.2 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 41/2010, de 22 de julio.....	120
1.5.2.2.3 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 45/2010, de 28 de julio.....	123
1.5.3 Relacionadas con el artículo 171 del Código Penal. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 45/2009, de 19 de febrero.....	126
1.5.3.1 Antecedentes.....	126
1.5.3.2 Posición del Ministerio Fiscal.....	127
1.5.3.3 Posición de la Abogacía del Estado.....	127
1.5.3.4 Pronunciamiento del Tribunal Constitucional.....	128
1.5.4 Cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional planteadas en relación al artículo 172.2 del Código Penal. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 127/2009, de 26 de mayo.....	129
1.5.4.1 Antecedentes.....	129
1.5.4.2 Posición de la Abogacía del Estado.....	130
1.5.4.3 Pronunciamiento del Tribunal Constitucional.....	130
1.5.5 Cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional planteadas en relación al artículo 173.2 del Código Penal. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 77/2010, de 19 de octubre.....	132
1.5.5.1 Antecedentes.....	132
1.5.5.2 Posición de la Abogacía del Estado y del Ministerio Público.....	133
1.5.5.3 Pronunciamiento del Tribunal Constitucional.....	133
1.6 Opinión doctrinal y toma de postura en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.....	135
1.6.1 Opinión doctrinal.....	135
1.6.2 Toma de postura.....	139
1.7 Doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y de proporcionalidad.....	140

CAPÍTULO 2

TUTELA PENAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Introducción: Delimitación conceptual de la violencia de género. Diferencia de la violencia doméstica.....	167
2.1 Suspensión de las penas.....	172
2.1.1 Significado, fundamento y encuadre constitucional.....	172
2.1.2 Modelos de suspensión de las penas privativas de libertad.....	179
2.1.3 Ámbito de aplicación.....	181
2.1.4 La suspensión general u ordinaria.....	184
2.1.4.1 Criterios de concesión y requisitos para su otorgamiento.....	185
2.1.4.1.1 Peligrosidad criminal del sujeto.....	187
2.1.4.1.2 Otros procedimientos penales contra el reo.....	192
2.1.4.1.3 Delincuente primario.....	197
2.1.4.1.4 Pena no superior a dos años.....	203
2.1.4.1.5 Pago de la responsabilidad civil.....	207
2.1.4.2 Condiciones para la suspensión de la pena.....	210
2.1.4.2.1 No delinquir durante el período de suspensión de la pena.....	211
2.1.4.2.2 Cumplimiento de las obligaciones o deberes de conducta impuestos.....	213
2.1.4.3 Comisión de delitos durante el período de suspensión o infracción de las obligaciones o deberes de conducta.....	216
2.1.5 Supuestos especiales de suspensión de la ejecución de la pena.....	218
2.1.5.1 Enfermos muy graves.....	219
2.1.5.2 Drogodependientes.....	224
2.1.5.3 La suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación del indulto.....	228
2.2 Sustitución de la pena.....	231
2.2.1 Sustitución legal u obligatoria.....	232
2.2.2 Sustitución facultativa.....	236
2.2.2.1 Elementos objetivos.....	237
2.2.2.2 Elementos subjetivos.....	244

2.2.2.3 Elementos temporales y formales.....	247
2.2.3 Sustitución de la pena en los casos de violencia de género.....	249
2.2.4. Sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional.....	253
2.2.4.1 Sustitución de penas privativas de libertad inferiores a seis años de duración.....	258
2.2.4.2 Sustitución parcial de cualquier pena privativa de libertad.....	264
2.2.4.3 Consecuencias aparejadas a la expulsión e incumplimiento.....	266
2.2 Tipos penales.....	269
2.3.1 Protección contra las lesiones.....	271
2.3.2 Protección contra los malos tratos.....	289
2.3.3 Protección contra las amenazas.....	319
2.3.4 Protección contra las coacciones.....	329
2.3.5 Protección contra el maltrato habitual.....	342
2.3.6 La aplicación de la falta prevista en el artículo 617 del Código Penal.....	369
2.3.7 La aplicación de la falta prevista en el artículo 620 del Código Penal.....	372
2.4 La Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo: Breve comentario a las modificaciones y novedades en relación a la materia de estudio.....	377
Introducción: Textos anteriores a la publicación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.....	377
2.4.1 La suspensión y sustitución de la pena.....	378
2.4.2 El delito de lesiones.....	383
2.4.3 El delito de malos tratos.....	386
2.4.4 El delito de amenazas.....	389
2.4.5 El delito de coacciones.....	390
2.4.6 El delito de malos tratos habituales.....	392
2.4.7 El nuevo delito de matrimonio forzado.....	393
2.4.8 El nuevo delito de hostigamiento o stalking.....	396

CAPÍTULO 3

TUTELA PROCESAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

3.1 Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.....	404
3.1.1 Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer como Juzgados de Guardia. Especialidades en relación a los juicios rápidos.....	421
3.2 Protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género. La orden de protección.....	433
3.3 La dispensa a no declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los delitos de violencia de género.....	467
3.4 Justicia restaurativa y violencia de género.....	480
CONCLUSIONES.....	493
ANEXO.....	509
JURISPRUDENCIA.....	561
BIBLIOGRAFÍA.....	593

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CES	Consejo Económico y Social
CETFDM	Convenio para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord../s	Coordinador/es
CP	Código Penal
Dir.	Director
DUD	Diligencias Urgentes de juicio rápido
etc.	Etcétera
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
JVM	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
nº	Número
ONU	Organización de Naciones Unidas
pág.	Página
ss.	Siguientes
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencias del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional

RESUMEN

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ASPECTOS CONSTITUCIONALES, PENALES Y PROCESALES

Propósito de la investigación

La promulgación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha supuesto un punto de inflexión en la lucha contra la violencia sufrida por la mujer, pues ha dotado a los poderes públicos de los instrumentos necesarios para que, desde un punto de vista multidisciplinar, puedan hacer frente a esta lacra social. A pesar de su importancia y de que incluso fuera de nuestro país se la considere un ejemplo a seguir, el nacimiento de la ley generó un profundo debate y provocó una gran división entre los diversos operadores jurídicos, que cuestionaron su constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional tuvo que hacer frente a una multitud de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre los diversos artículos que integran la tutela penal y procesal introducidos por la misma, y nuevamente con gran división y controversia resolvió a favor de su constitucionalidad con unos argumentos que no convencieron a sus principales detractores.

La reforma penal, procesal e institucional que contempla introduce un conjunto muy diverso de reformas legales que tienen por objeto una especial protección de la mujer entre las que destaca la modificación de diversos tipos delictivos, la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, de un Fiscal contra la violencia sobre la mujer y de secciones especializadas en todas las Fiscalías, la creación de la Delegación especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer y del Observatorio estatal de violencia sobre la Mujer...etc.

De todas las medidas anteriores merece especial atención la orden de protección que impide al agresor comunicarse o aproximarse a la víctima y que le otorga un estatuto integral de protección.

Como contrapartida, la decisión de la víctima de acogerse a su derecho a no declarar contra su cónyuge, ex cónyuge, pareja o ex pareja ha ocasionado el dictado de numerosas sentencias absolutorias al no contar con otros medios de prueba contra aquél en atención a que muchos actos de violencia de género se cometen en la intimidad del domicilio familiar, lo que ha llevado a muchos juristas a preguntarse sobre la conveniencia de una necesaria reforma de dicho precepto o incluso por la posibilidad de optar por otras vías legales, como la mediación o conciliación.

Objeto-Contenido

La presente investigación pretende abordar el estudio de la violencia de género comenzando desde los orígenes de la LIVG, el estudio sobre su constitucionalidad y profundizando en los aspectos penales y procesales de la misma. Desde un punto de vista constitucional se analizarán los diversos pronunciamientos emitidos por el TC, en un plano penal se insistirá en el análisis de los diferentes tipos penales afectados por la reforma, y desde un punto de vista procesal se hace especial referencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a la protección cautelar penal de las víctimas, a la dispensa legal del art. 416 de la LECrim y a las opciones que ofrece la justicia restaurativa en este tema.

Metodología

Esta investigación se ha llevado a cabo utilizando los métodos propios del análisis dogmático y político-criminal. De manera general, la información sustantiva para la misma se ha obtenido: a) del estudio minucioso de la jurisprudencia existente en la materia, b) del análisis de los marcos teóricos, c) del estudio e interpretación de las disposiciones legales, d) a través de la revisión bibliográfica, hemerografía y webgrafía especializada y e) revisión de los medios electrónicos.

Medios

Las fuentes consultadas y los medios utilizados en el presente estudio han sido los trabajos parlamentarios y los estudios e informes emitidos por los diversos organismos previos a la promulgación de la LIVG, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y de diferentes Audiencias Provinciales, la bibliografía especializada de libros, revistas de consulta existentes tanto en la biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid y otras Universidades, como la Universidad de Málaga, en la biblioteca de la Fiscalía Provincial de Madrid y otras bases de datos como: Dialnet, El derecho, Tirant on line, CENDOJ, La Ley, SEPÍN, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, Colección Cuadernos Digitales de Formación, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología...etc.

Conclusiones-Resultados

A pesar de la gran polémica suscitada, la LIVG ha supuesto, sin duda alguna, un gran punto de partida en la lucha contra la violencia de género. No obstante lo anterior se hace necesario emprender una reforma de la misma que permita reducir el número tan elevado de sentencias absolutorias ante la negativa de la víctima a declarar, aumentar las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, mejorar los sistemas de prevención y protección de las mismas...en definitiva, intentar reducir el número de casos de violencia.

Bibliografía destacada

ACALE SÁNCHEZ, M., “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador” en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Suspensión y sustitución”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ALASTUEY DOBÓN, M. C., “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S., “Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad” en MOLINA BLÁZQUEZ, M.C. (coord.). *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 2005.

BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

BOMBÍN PALOMAR, V., “Problemas penales (procesales y sustantivos). Propuestas de modificación”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “La dispensa del deber de declarar del art. 416 Lec., a debate”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M., (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista.*, Comares, Granada, 2010.

CERES MONTES, J.F., “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, en *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial III, 2005, CGPJ, Escuela Judicial.

COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M., “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2009.

DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en *Encuentros de violencia doméstica*, CGPJ, Madrid, 2003.

DELGADO MARTÍN, J., “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Encuentros “Violencia doméstica”*, CGPJ, 2004.

ESCUCHURI AISA, E., “Manifestaciones delictivas de la violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

FARALDO CABANA, P., “Tendencias de política criminal en el control penal de la violencia de género: alternativas a la privación de libertad y vicisitudes de la ejecución de la pena de prisión para condenados por violencia de género”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., “Delitos contra la integridad física. Delito de lesiones: Art. 147 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GIMÉNEZ GLÜCK, D. “Acción positiva y Ley Integral contra la violencia de género”, en *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ministerio de Justicia y Secretaría General Técnica, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ RUS, J. J., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., “La orden de protección”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007.

IÑIGO CORROZA, E. “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J. (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género: aspectos jurídicos-penales, procesales y laborales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

JAÉN VALLEJO, M., “El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género” en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

JAVATO MARTÍN, M., “El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencial” en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2009.

LARRAURI PIJOÁN, E., “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 13, Madrid, 2009.

LAURENZO COPELLO, P., “Violencia de género y derecho penal de excepción: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.

LÓPEZ DEL MORAL ECHEVARRÍA, J. L., “Quebrantamiento de pena y de medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación. Problemas que plantea el consentimiento de la víctima. Distintos criterios de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008.

MAGRO SERVET, V., y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual Práctico sobre la Ejecución Penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Suspensión, sustitución y ejecución de la pena de prisión”, en *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008.

MAQUEDA ABREU, M. L., “1989-2009: Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M. (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010.

MARTÍNEZ DERQUI, J., “Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”, en GARCÍA VALDÉS, C., MARISCAL DE GANTE, M. V., CUERDA RIEZU, A. R., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008.

MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *Violencia de género vs violencia doméstica: Consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Grupo Difusión, Madrid, 2006.

MOLINA BLÁZQUEZ, C; MIRAT HERNÁNDEZ, P y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “El tratamiento penal de la violencia de género”, en: GARCÍA MINA-FREIRE, A. (coord.), *Violencia contra las mujeres en pareja. Claves de análisis y de intervención*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010.

MUERZA ESPARZA, J., “Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J. (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género: aspectos jurídicos-penales, procesales y laborales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

MUÑOZ CONDE, F., “Violencia familiar y género en la ley orgánica 1/2004” en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal. El maltrato habitual”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T., “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I. J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T., en *Tutela Penal y Tutela Judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

PERAMATO MARTÍN, T., “Medidas Cautelares y Penas en el ámbito de la violencia de género”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.

PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria del fallo” en *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

REY MARTÍNEZ, F.; ALÁEZ CORRAL, B.; RUÍZ MIGUEL, A., y FARALDO CABANA, P., “Protección penal desigual y violencia de género”, en HUERTA TOCILDO, S. y PÉREZ MANZANO, M., (Dirs.), *Cuestiones Actuales de la Protección de la Vida y la Integridad Física y Moral.*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

RUBIDO DE LA TORRE, J.L., *Ley de Violencia de Género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

SENÉS MOTILLA, C., “Los Jugados de Violencia sobre la Mujer y sus competencias” en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007.

SOLAZ SOLAZ, E. “Contenido y alcance de la dispensa prevista en el art. 416 de la LECrim”, *Colección cuadernos digitales de formación*, 2008.

TARDÓN OLMOS, M., “El delito de violencia habitual del art. 173.2 Código Penal”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, número 12, 2012.

TORRES DEL MORAL, A., *Principios del Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Tomo II, Madrid, 1992.

VARGAS GALLEGO, A. I., La mediación en la violencia de género”, *Revista de Jurisprudencia*, Año VI, nº 3, 2010.

VIDAL CASTAÑÓN, A., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad*, Bosch Penal, Barcelona, 2006.

ABSTRACT

LEGAL TREATMENT OF GENDER VIOLENCE: CONSTITUTIONAL, CRIMINAL AND PROCEDURAL ISSUES

Introduction

The promulgation of Integral Law against Violence towards Women (ILVW) has become a turning point in the fight against violence towards women in view of the fact that the public authorities are now equipped with the necessary tools to deal with this social scourge from a multidisciplinary perspective. Despite its significance and that it is considered a successful example to be followed by others nations, the birth of this law prompted a strong reaction and an in-depth discussion on its constitutionality amongst the legal operators.

The Constitutional Court was forced to deal with a great many exceptions of unconstitutionality against the articles of the law which provide criminal and jurisdictional protection and once again, with a great deal of division and controversy, the Constitutional Court found the law was in accordance with the Constitution, though its detractors were not swayed by its arguments.

The criminal, jurisdictional and institutional reforms introduced by the law, include a diverse set of legal reforms which aim at improving the legal protection of women, among them, the modification of different criminal offences, the establishment of Courts dealing with violence against women, a Prosecutor in charge of violence against women and specialized units in all public prosecutors' offices, but also to the establishment of the Special Government Delegation for Violence against Women and The State Violence against Women Monitoring Centre...etc.

It is also important to point out the protection order preventing the abuser from communicating or coming near the victim, granting the victims an integral protection statute.

In return, acquittal judgments were issued by the choice of the victim to claim the right not to testify against her husband, ex-husband, partner or ex-partner, due to the

lack of further evidence against him, given the fact that many gender crimes are committed in the privacy of the family home, which has led many jurists to wonder whether new regulatory actions or new lawful channels, such as mediation or conciliation, are required.

Goals/Content

The following research addresses the study on gender-based violence starting from the beginning of the ILVW, its constitutionality and with greater detail on its criminal and jurisdictional aspects. From a constitutional point of view several decisions of the Constitutional Court are analyzed in depth.

At a criminal level the research stresses the different criminal offences affected by the reform and furthermore, from a jurisdictional point of view, special reference is made to the Courts for Violence against Women, criminal provisional protection measures of victims, legal exemption defined in art. 416 (of the Criminal Procedure Act) and the various options offered by restorative justice.

The method

This research has been carried out by using analysis methods involved in dogmatic and criminal policy. In general, the substantial information for this study was obtained from: a) detailed study of the relevant law cases regarding gender-based violence, b) analysis of the relevant theoretical legal frameworks, c) study and interpretation of legal provisions, d) review of the media, bibliography, specialized hemerography and webgraphy research.

Means

The data sources and methods used in this investigation have been mainly the Parliament's works, Constitutional and Supreme Court Jurisprudence as well as the specialized bibliography of reference books and specialist legal journals at the library of the Complutense University of Madrid, University of Málaga and other universities, at

the library of the Provincial Prosecutor's Office of Madrid and databases such as: Dialnet, El derecho, Tirant on line, CENDOJ, La Ley, SEPÍN, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, Colección Cuadernos Digitales de Formación, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología...etc.

Conclusions-Results

Despite the controversy, the ILVW represented a turning point in the fight against gender-based violence. However, it is necessary to undertake a comprehensive reform in order to reduce the high number of acquittals by the choice of a victim who claims the right not to testify, to increase the competence of the Courts for Violence Against Women, to improve the prevention and protection systems...and ultimately, to reduce the incidences of violence against women.

Selected Bibliography

ACALE SÁNCHEZ, M., "Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador" en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

ACALE SÁNCHEZ, M., "Suspensión y sustitución", en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ALASTUEY DOBÓN, M. C., "Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas", en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S., "Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género", en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ

FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad” en MOLINA BLÁZQUEZ, M.C. (coord.). *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 2005.

BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

BOMBÍN PALOMAR, V., “Problemas penales (procesales y sustantivos). Propuestas de modificación”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “La dispensa del deber de declarar del art. 416 Lec., a debate”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M., (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista.*, Comares, Granada, 2010.

CERES MONTES, J.F., “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, en *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial III, 2005, CGPJ, Escuela Judicial.

COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M., “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2009.

DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en *Encuentros de violencia doméstica*, CGPJ, Madrid, 2003.

DELGADO MARTÍN, J., “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Encuentros “Violencia doméstica”*, CGPJ, 2004.

ESCUCHURI AISA, E., “Manifestaciones delictivas de la violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

FARALDO CABANA, P., “Tendencias de política criminal en el control penal de la violencia de género: alternativas a la privación de libertad y vicisitudes de la ejecución de la pena de prisión para condenados por violencia de género”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., “Delitos contra la integridad física. Delito de lesiones: Art. 147 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GIMÉNEZ GLÜCK, D. “Acción positiva y Ley Integral contra la violencia de género”, en *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ministerio de Justicia y Secretaría General Técnica, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ RUS, J. J., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., “La orden de protección”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007.

IÑIGO CORROZA, E. “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J. (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género: aspectos jurídicos-penales, procesales y laborales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

JAÉN VALLEJO, M., “El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género” en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y

REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

JAVATO MARTÍN, M., “El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencial” en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2009.

LARRAURI PIJOÁN, E., “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 13, Madrid, 2009.

LAURENZO COPELLO, P., “Violencia de género y derecho penal de excepción: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.

LÓPEZ DEL MORAL ECHEVARRÍA, J. L., “Quebrantamiento de pena y de medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación. Problemas que plantea el consentimiento de la víctima. Distintos criterios de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008.

MAGRO SERVET, V., y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual Práctico sobre la Ejecución Penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Suspensión, sustitución y ejecución de la pena de prisión”, en *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008.

MAQUEDA ABREU, M. L., “1989-2009: Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M. (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010.

MARTÍNEZ DERQUI, J., “Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”, en GARCÍA VALDÉS, C., MARISCAL DE GANTE, M. V., CUERDA RIEZU, A. R., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008.

MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *Violencia de género vs violencia doméstica: Consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Grupo Difusión, Madrid, 2006.

MOLINA BLÁZQUEZ, C; MIRAT HERNÁNDEZ, P y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “El tratamiento penal de la violencia de género”, en: GARCÍA MINA-FREIRE, A. (coord.), *Violencia contra las mujeres en pareja. Claves de análisis y de intervención*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010.

MUERZA ESPARZA, J., “Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J. (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género: aspectos jurídicos-penales, procesales y laborales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

MUÑOZ CONDE, F., “Violencia familiar y género en la ley orgánica 1/2004” en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal. El maltrato habitual”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T., “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I. J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T., en *Tutela Penal y Tutela Judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

PERAMATO MARTÍN, T., “Medidas Cautelares y Penas en el ámbito de la violencia de género”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.

PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria del fallo” en *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

REY MARTÍNEZ, F.; ALÁEZ CORRAL, B.; RUÍZ MIGUEL, A., y FARALDO CABANA, P., “Protección penal desigual y violencia de género”, en HUERTA TOCILDO, S. y PÉREZ MANZANO, M., (Dirs.), *Cuestiones Actuales de la Protección de la Vida y la Integridad Física y Moral.*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

RUBIDO DE LA TORRE, J.L., *Ley de Violencia de Género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

SENÉS MOTILLA, C., “Los Jugados de Violencia sobre la Mujer y sus competencias” en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007.

SOLAZ SOLAZ, E. “Contenido y alcance de la dispensa prevista en el art. 416 de la LECrim”, *Colección cuadernos digitales de formación*, 2008.

TARDÓN OLMOS, M., “El delito de violencia habitual del art. 173.2 Código Penal”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, número 12, 2012.

TORRES DEL MORAL, A., *Principios del Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Tomo II, Madrid, 1992.

VARGAS GALLEGO, A. I., La mediación en la violencia de género”, *Revista de Jurisprudencia*, Año VI, nº 3, 2010.

VIDAL CASTAÑÓN, A., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad*, Bosch Penal, Barcelona, 2006.

INTRODUCCIÓN

Del discurso pronunciado por Ban Ki-moon, Secretario General de la ONU, el 25 de noviembre de 2008 con ocasión del Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer¹, me viene a la memoria la parte en la que manifiesta que: “...At the national level, more and more countries are meeting their obligations to protect women through comprehensive legislation, better services for victims, stronger partnerships and increased efforts to engage men and boys in addressing problem. This progress is welcome, but there are still gaps. We need to do more to enforce laws and counter impunity. We need to combat attitudes and behaviour that condone, tolerate, excuse or ignore violence committed against women. And we need to increase funding for services for victims and survivors...”².

No puedo evitar sufrir inquietud y desasosiego porque, ante la pregunta de si hacemos todos esfuerzos que están en nuestra mano para luchar contra la violencia contra las mujeres y contra la falta de igualdad que padecemos en distintos niveles, la respuesta es negativa. Aún hoy existen muchos comportamientos que, tratados de justificar de distinta forma, relegan a un segundo plano a la mujer, la hacen víctima de una cuota o, lo que es aún más grave, anulan unos derechos que deberían ser inquebrantables. La mujer, por su condición de tal, no debería soportar esa discriminación ni el olvido de sus derechos bajo ningún tipo de excusa.

Años más tarde de las palabras pronunciadas por Ban Ki-moon, no sólo seguimos sin conseguir los objetivos que él se marcó en la lucha contra la violencia contra las mujeres sino que además de discutirse la conveniencia del endurecimiento de las leyes contra los maltratadores hemos pasado, a consecuencia de la crisis económica,

¹ <http://www.un.org/News/Press/docs/2008/sgsm11942.doc.htm>, última visita el 2 de marzo de 2015.

² En el website de Naciones Unidas podemos consultar el mismo discurso en español, <http://www.un.org/es/sg/messages/2008/violenceagainstwomen2008.html>, con el siguiente contenido: “...En el plano internacional, cada vez es mayor el número de países que cumplen sus obligaciones de proteger a la mujer a través de una legislación exhaustiva, mejores servicios a las víctimas, asociaciones más sólidas y más esfuerzos para que los hombres y niños participen en la solución del problema. Este avance es satisfactorio pero todavía quedan muchos problemas por resolver. Necesitamos esforzarnos más para hacer cumplir las leyes y luchar contra la impunidad. Debemos combatir las actitudes y comportamientos que condonan, toleran, disculpan o pasan por alto la violencia contra la mujer. Y también necesitamos aumentar la financiación para los servicios que se prestan a las víctimas y sobrevivientes...”.

a ver cómo se reducen significativamente las partidas presupuestarias destinadas tanto a igualdad de oportunidades como a la lucha contra la violencia de género³ incluso con la falsa excusa de que el número de mujeres maltratadas ha disminuido⁴ en atención a la reducción del número de denuncias presentadas, dato que no comparto como cierto, baste ver el número de mujeres fallecidas en los últimos años apenas difiere⁵ y, además, con la añadida preocupación, de que cada vez son más jóvenes tanto las percidas como sus agresores.

El maltrato no sólo deja por víctimas a las mujeres sino también a los hijos que conviven en el hogar familiar y que sufren en distintas formas esta lacra social, ya como víctimas directas o indirectas del mismo.

A día de hoy, muchas mujeres continúan sufriendo en la soledad de sus casas y, lo que es aún peor, no sienten el respaldo humano e institucional necesario para denunciar la violencia que padecen, pues su dependencia, también económica, al agresor está aún más acusada por la grave situación financiera que atraviesa nuestro país y que ha motivado que se reconduzcan los objetivos y disminuyan los programas de apoyo.

La importancia del derecho a la igualdad puede desprenderse de su ubicación como derecho en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que lo sitúa en su artículo 1 indicando que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, completado con el art. 2 en el que se expresa que: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier

³ Según el desglose de gastos presupuestados recogidos en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de 2014, en http://www.sepg.pap.minhap.gob.es/Presup/PGE2014Proyecto/MaestroTomos/PGE-ROM/doc/L_14_A_G16.PDF, pág. 191 y ss., última visita el 2 de marzo de 2015, en la que se observa una reducción drástica, en comparación con la presupuestada para años anteriores, en las partidas previstas para ayudas sociales y unidades disponibles de dispositivos telemáticos, entre otras.

⁴ <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/03/espana/1364993827.html>, última visita el 2 de marzo de 2015.

⁵ Así en el en el año 2012 fallecieron un total de 52 mujeres por violencia de género; en el año 2013, 54 y en el año 2014, un total de 53: <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/datosEstadisticos/home.htm>, última visita el 2 de marzo de 2015.

otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...”.

A nivel europeo, a pesar de que el derecho a la igualdad se vincula, casi exclusivamente a la desigualdad en el ámbito jurídico social y que el art. 119⁶ del Tratado de Roma de 1957 (hoy art. 141 en su versión consolidada por el Tratado de Ámsterdam⁷ por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos), responda a una visión más bien liberal sin otorgar concesiones a una visión social más amplia, podemos afirmar que la situación de la violencia de género en Europa es de las más avanzadas⁸. No debemos olvidar tampoco el Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, con entrada en vigor para España el 1 de agosto de 2014, cuyo art. 46 apartado a) contempla que los Estados Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo

⁶ En el que se precisaba que: “Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base mínimo y cualesquiera gratificaciones satisfechas directa o indirectamente en dinero o en especie por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución por razón de sexo significa: a) que la retribución establecida para el mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de la misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”.

⁷ De 2 de octubre de 1997 que establece que: “1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo del mismo valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

3. El Consejo, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptar medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

⁸ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., “La Constitución Europea y la violencia de género”, ReDCE, nº 3, 2005, pág. 276.

necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio. La circunstancia a que se refiere el apartado a) es que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la familia o una persona que haya abusado de su autoridad.

El art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) recoge la prohibición de discriminación manifestando que: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser reconocido sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna nacimiento o cualquier otra situación”.

El derecho a la igualdad también se menciona en el art. II-83 del Tratado por el que se reconoce una Constitución Europea, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, indicando que “La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, condena la discriminación de la mujer en todas sus manifestaciones y establece la obligación de los estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar la plena realización de los derechos recogidos en la misma.

En el ámbito nacional, el art. 10 de nuestra Constitución (CE) indica que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*” y el art. 15 de la misma que: “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes...*”.

Dichos derechos y principios no son respetados por los maltratadores pero gracias al distinto posicionamiento frente a la violencia de género en la sociedad de nuestros días, a diferencia de lo que ocurría en épocas anteriores, se ha conseguido avanzar en la lucha contra la violencia de género y, sobre todo, desde la promulgación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre pero, sin embargo, no hay que olvidar que por desgracia esta lacra social sigue estando de actualidad día tras día, a pesar de todos los intentos que se hacen por combatir la misma.

Tras la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio se señala en el art. 66 del Código Civil (en adelante Cc.), que “*los cónyuges son iguales en derechos y deberes*” y el art. 67 del mismo texto legal, que “*los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia*” preceptos que debieran ser igualmente aplicables a las parejas de hecho pues en los mismos se recogen principios que constituyen la base de una unión sentimental inspirada en la igualdad, el respeto y la ayuda mutua, por lo que, para salvar dicha omisión propondría sustituir el término “*cónyuges*” por la expresión “*cónyuges o integrantes de una relación sentimental*”.

Es precisamente la quiebra de dichos principios el caldo de cultivo desencadenante de las conductas delictivas que se pretende erradicar y que provocan una gran alarma social.

Como se señala en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, como pudieran ser la vida, la integridad física, la libertad, la igualdad y la no discriminación. En atención a la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sea real y efectiva se fueron adoptando una serie de medidas legislativas que culminaron en la regulación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre en la que se vienen a recoger toda una serie de garantías en distintas parcelas de nuestro ordenamiento jurídico. Entre las medidas legislativas que se adoptaron se destacan por la propia LO 1/2004, de 28 de diciembre, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el CP o la Ley 27/2003, de 31 de julio reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica. No

obstante lo anterior, no hay que olvidar que a raíz de la promulgación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre se activó todo un sistema integral y multidisciplinar de protección que conlleva la coordinación entre distintos colectivos: educativos, sanitarios, institucionales, jurídicos, policiales, asistenciales, laborales...etc., que actúan desde distintos ámbitos pero con una finalidad común recogida en el art. 1 de la mencionada norma: actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.

Dicha ley, que no ha estado exenta de controversia y de la que se ha dudado incluso de su constitucionalidad, constituye un gran punto de inflexión respecto de la regulación que existía hasta entonces, y desde el punto de vista jurídico ha constituido un fenómeno complejo pues ha afectado a diferentes órdenes jurisdiccionales, ha supuesto la creación de Juzgados especializados servidos por Magistrados, nuevos tipos penales, reformas procesales...etc. No obstante, como toda realidad en continuo proceso de evolución, desde la promulgación de la misma han surgido nuevas necesidades que exigen respuesta por parte del Legislador y que, de momento, sólo son atendidas por el Poder Judicial quien debe hacer grandes esfuerzos por dar respuestas a cuestiones que reclaman una solución legislativa ya.

Dentro de los aspectos que me gustaría destacar está el análisis exhaustivo efectuado sobre la constitucionalidad de la LO 1/2004, de 28 de diciembre y su conveniencia desde su discusión parlamentaria hasta los distintos pronunciamientos realizados por el TC a través de las sentencias que ponían fin a las múltiples cuestiones de inconstitucionalidad planteadas al mismo.

Además, se realiza un análisis de la tutela penal recogida en la LO 1/2004, de 28 de diciembre a través del estudio de la suspensión y sustitución de las penas impuestas por delitos relacionados con la violencia de género y de los diferentes tipos penales previstos en la LO 1/2004, de 28 de diciembre; de la tutela judicial y de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer; de la protección cautelar penal de las víctimas de estos delitos; de la dispensa a no declarar del art. 416 de la LECrim y la posibilidad de acudir a la Justicia restaurativa en esta materia.

CAPÍTULO 1

LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU CONSTITUCIONALIDAD

1.1 Objetivo

El objetivo de este capítulo es analizar el ajuste constitucional de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LIVG)⁹, prestando atención a la admisibilidad constitucional de la discriminación positiva a favor de las mujeres en el ámbito penal y su adecuación a los principios de igualdad, de proporcionalidad en atención a que en los nuevos tipos penales recogidos en dicha norma se regulan como delito determinadas conductas que hasta la fecha eran consideradas infracciones leves, precisamente en atención al sexo del infractor, el de la víctima y el tipo de relación existente entre ambos. Dicho análisis se efectuará mediante un estudio detallado del trámite parlamentario, que nos permitirá comprender mejor cuál era la preocupación del legislador y de los estudios previos a la promulgación de la LIVG, del examen de la reciente jurisprudencia constitucional existente y de la posición doctrinal al respecto.

1.2 Trámite parlamentario y trabajos legislativos previos a la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre

1.2.1 Referencias parlamentarias anteriores al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Violencia ejercida sobre la Mujer de 2004

Durante la campaña electoral del año 2000¹⁰, el entonces Presidente del Gobierno y candidato a la presidencia por el Partido Popular, D. José María Aznar López, se comprometió, para el caso de llegar a gobernar, en una reunión con mujeres artistas celebrada en el Palacio de la Moncloa el 9 de febrero del año 2000, a poner en marcha una Ley Integral que sirviera para frenar la violencia de género en nuestro país.

⁹ BOE nº 313, de 29 de diciembre de 2004. Corrección de errores BOE nº 87, de 12 de abril de 2005.

¹⁰ Véase: <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1315>, última consulta efectuada el día 2 de marzo de 2015.

En el mismo sentido, se pronunció el Partido Socialista y presentó el 5 de junio de 2000¹¹ una interpelación urgente sobre la adopción de medidas para la lucha contra la violencia de género, firmada por la Diputada D^a. Cristina Alberdi Alonso y por la Portavoz del grupo parlamentario socialista de aquel entonces D^a. María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

El 14 de septiembre de 2000¹² el mismo grupo parlamentario socialista presentó una proposición no de ley, por la que se instaba al Ejecutivo a la creación de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, firmada por la Diputada D^a. Micaela Navarro Garzón, y por D^a. Teresa Cunillera i Mestres, portavoz del Grupo Parlamentario Socialista, la cual no prosperó.

El 21 de diciembre de 2001¹³ se acordó admitir a trámite, trasladar al Gobierno a los efectos del art. 126 del Reglamento del Congreso, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y notificar al autor de la proposición de Ley Integral contra la violencia de género (orgánica), efectuada por el Grupo Parlamentario Socialista.

El 4 de septiembre de 2002¹⁴ se presentó por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida una interpelación urgente para que el Gobierno explicara “el balance de

¹¹ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2000, VII Legislatura, Serie D: General, nº 34, 20 de junio de 2000, Interpelación Urgente nº 172/000013, pág. 10.

¹² Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2000, VII Legislatura, nº 183, Serie D: General, nº 61, 22 de septiembre de 2000, Proposición no de Ley nº 162/000113, pág. 9 a 11.

¹³ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2001, VII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, nº 183-1, 21 de diciembre de 2001, Proposición de Ley nº 122/000163.

¹⁴ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2002, VII Legislatura, Serie D: General, nº 404, 17 de septiembre de 2002, Interpelación Urgente nº 172/000201, pág. 6. En la misma y de forma bastante crítica se pide explicaciones al Gobierno, en ese momento del Partido Popular, sobre las medidas adoptadas hasta el momento y de las que piensa adoptar para erradicar el problema de la violencia de género y así se recoge de forma textual que: “...Muchas han sido las ocasiones en la que distintos grupos parlamentarios presentamos iniciativas en el Congreso de los Diputados para abordar la problemática y las medidas que puedan poner fin a tan monstruoso hecho como es la violencia de género. Insistir en ello hoy no muestra más que la incapacidad y la ineficacia de las medidas que hasta el momento se han adoptado por parte del Gobierno del PP (dos planes contra la violencia de género) y de las que ni tan siquiera conocemos las conclusiones para poder valorar el resultado de su eficacia. Ya no valen propósitos y propuestas oportunistas, ya no vale seguir insistiendo en políticas que se han demostrado inadecuadas y que ni siquiera sirven para reducir el índice de mujeres maltratadas y asesinadas. Por el contrario, en los últimos meses se está aumentando esta cifra de forma alarmante. Es hora, pues, de decir basta a este incesante número de mujeres que va engrosando las cifras de víctimas a manos de maridos, novios, compañeros y ante la cual la sociedad se encuentra indefensa. Las mujeres y la sociedad estamos asistiendo impotentes a un «genocidio silencioso» que cada vez más toma carta de naturaleza como fenómeno normalizado en nuestras mentes. El día a día desafortunadamente nos demuestra que hay que seguir insistiendo en tomar iniciativas que erradiquen de raíz el maltrato a las

las medidas puestas en marcha hasta ahora y las que piensa adoptar para acabar con la violencia de género”, firmada por la diputada D^a. Marisa Castro Fonseca y por D. Felipe Alcaraz Masats, portavoz del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida. Dicha interpelación fue debatida en el Congreso de los Diputados en la Sesión celebrada el día 11 de septiembre de 2002¹⁵, precisamente al día siguiente de debatirse la proposición de ley (orgánica) instada por el Grupo Parlamentario Socialista tras el debate controvertido de la misma en la Cámara. Dicho día 11 de septiembre de 2002 la interpelación fue defendida también por la Sra. Castro Fonseca, quien con ciertos tildes feministas, expuso el tema planteado como una cuestión de Estado, hablando de la violencia de género como un terrorismo de género y de la también violencia económica que sufren muchas mujeres (puso el ejemplo de “esos magníficos ejemplares masculinos que, cuando llegan a casa, ponen 20 duros a su mujer en la mesilla de noche, hace una semana fue denunciado públicamente por una mujer, para toda la familia, mujer y tres hijos...”), y aboga por un pacto de Estado basado en el consenso de todos los grupos parlamentarios, comprometiéndose a aportar un paquete de medidas que puedan ser estudiadas y apoyadas por todos. La respuesta a esta interpelación desde el Gobierno vino dada por el aquel entonces Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, Sr. Zaplana Hernández-Soro, quien recalcó que la lucha contra la violencia de género puede que sea un valor del feminismo pero que sin duda lo es de toda la sociedad, poniendo de relieve los dos planes de acción contra la violencia de género que aprobó el Gobierno desde el año 1996 y de todas las medidas adoptadas hasta el momento para combatirla: modificación del Código Penal (CP), existencia de oficinas de atención a las víctimas, centros de acogida, incremento del presupuesto del Estado en la materia, programas de atención a las mujeres víctimas de violencia de género, campañas informativas... etc., y abogó por dos tipos nuevos de medidas: gratificaciones para la contratación de mujeres víctimas de violencia de género y ayuda a las mujeres maltratadas que se vean obligadas a abandonar su domicilio. Finalmente, habló de la posibilidad de adoptar medidas cautelares, de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad para el maltratador, de la formación específica de jueces y profesionales del derecho en la

mujeres. Por todo ello, se presenta la siguiente interpelación urgente al Gobierno, para su debate en Pleno, para que explique el balance de las medidas puestas en marcha hasta ahora y las que piensa adoptar para acabar con la violencia de género.”.

¹⁵ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2002, VII Legislatura, n° 184, Sesión Plenaria n° 177, miércoles 11 de Septiembre de 2002, pág. 9226 y ss.

materia y de juicios rápidos para el enjuiciamiento de delitos relacionados con la violencia de género, ofreciendo un clima de diálogo y de consenso entre todos los grupos parlamentarios de la cámara para su adopción.

El 10 de septiembre de 2002¹⁶, como he adelantado, se debatió en el Congreso de los Diputados la toma en consideración de la Proposición de Ley (Orgánica) Integral contra la Violencia de Género instada por el Grupo Parlamentario Socialista siendo defendida por D^a. Micaela Navarro Garzón, quien comenzó su exposición hablando de la elevada cifra de mujeres muertas en manos de sus parejas en lo que llevaba de año, 51, cifra nada desdeñable. La misma matizó que la violencia de género es la que “*se ejerce motivada por la necesidad de controlar; es la más dura manifestación de la desigualdad que aún hoy padece nuestra sociedad...y la responsabilidad de erradicarla es de todos y de todas*”. Sigue señalando que el punto de partida fue la proposición no de ley instada por el Grupo Parlamentario Socialista en junio del año 2000 y que, a pesar del respaldo de la mayoría de los grupos parlamentarios, fue votada en contra por el Grupo Parlamentario Popular, ante lo cual, el Grupo Parlamentario Socialista junto con varias asociaciones de mujeres, empezaron a trabajar en el texto sometido a debate en aquella Sesión y defendió la necesidad de que la regulación adoptara la forma de ley, al encontrarnos con un problema social que supone un atentado a los derechos humanos, y que como tales, deben estar siempre protegidos por ley. Como puede apreciarse, la Sra. Navarro Garzón puso de manifiesto la necesidad de una regulación especial ante el carácter, también especial, de la materia tratada en dicha proposición de ley¹⁷. A continuación, tomó la palabra el diputado Sr. Labordeta Subías, de Chunta Aragonesista, para manifestar el voto favorable de la cuestión tratada y señalando que “*para erradicar la violencia de género hay que estar atentos al lenguaje que se utiliza, a la educación que se da a los niños y a las niñas, a nuestros roles en la sociedad, a las agresiones verbales solapadas y sobre todo a nuestro pensamiento...*”. También votó a

¹⁶ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2002, VII Legislatura, n° 183, Sesión Plenaria n° 176, martes 10 de Septiembre de 2002, pág. 9148 y ss.

¹⁷ En su intervención la Sra. Navarro Garzón destacó que “*lo mejor de esta proposición de ley era la coordinación y su carácter integral. Cada medida, de forma individual, nunca tendrá el mismo efecto. La perspectiva integral nos obliga a regular no sólo las conductas represivas sino también las preventivas, educativas, sociales, sanitarias, asistenciales y de protección. En definitiva, todas aquellas consecuencias que se deducen de las agresiones a las víctimas...*”. La puntualización que realiza no es cuestión baladí si se tiene en cuenta el resultado final de la regulación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre en la que se aprecia una regulación integral y bastante amplia que afecta no sólo al campo jurídico sino que también es multidisciplinar.

favor de la toma en consideración de la proposición de ley la diputada Sra. Lasagabaster Olazábal en nombre de Eusko Alkartasuna¹⁸; el diputado Sr. Aymerich Cano del Bloque Nacionalista Gallego, quien anunció la presentación de enmiendas en materia competencial y sobre la inclusión en la necesidad de protección de mujeres extranjeras víctimas de explotación sexual; la diputada Sra. Julios Reyes, por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, quien criticó el hecho de que desde el Grupo Parlamentario Socialista no se hubiera alcanzado un consenso con el Grupo Parlamentario Popular que hubiera permitido una iniciativa conjunta sobre la materia, la dispersión normativa existente y resaltó la necesidad de dar una respuesta más ágil a las denuncias de las víctimas de violencia de género que permitan aumentar la denuncia de los casos aún ocultos de violencia de género para conseguir una mayor prevención de los mismos; la diputada Sra. Uría Etxebarria en nombre del Grupo Parlamentario Vasco (PNV), no sin antes criticar el carácter centralista de la misma; la diputada Sra. Castro Fonseca, en representación del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida¹⁹ y la diputada Sra. Pigem i Palmés por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) a pesar de no considerar la proposición de ley respetuosa con las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas, en especial a Cataluña, adelantando la presentación de enmiendas para el caso de que llegara a aprobarse. Del Grupo Parlamentario Popular, la Sra. Sainz García, votó en contra al considerar que no aportaba nada nuevo a lo que se estaba haciendo desde el Gobierno y desde las Comunidades Autónomas y que desde el Ejecutivo se adoptarían una serie de medidas para la lucha contra la violencia de género, invitando al grupo parlamentario socialista a

¹⁸ La misma apostó por dicha iniciativa legislativa arguyendo cuatro motivos: “...En primer lugar, porque esta sería una nueva prueba de la voluntad política de todas las fuerzas parlamentarias para hacer frente a la violencia de género, una señal inequívoca a la sociedad en relación con esta cuestión. En segundo lugar, permitiría evitar la excesiva fragmentación entre los aspectos preventivos, de formación, sociales, policiales, civiles y penales en el tratamiento de esta cuestión. En tercer lugar, podría ser un debate amplio y recogería las diferentes ideologías o maneras de ver este drama, y una cuestión esencial es que nos permitiría hacer una evaluación rigurosa de lo hecho hasta ahora, lo que echamos en falta en relación con anteriores planes estatales. Falta una evaluación rigurosa e imparcial, en muchos casos ajena a la Administración, que determine qué medidas son mejores que otras; en definitiva, cómo avanzar en el futuro. En cuarto lugar, podríamos hablar de una cuestión muy fundamental: cuál es el presupuesto, qué financiación es necesaria para hacer frente y poner en marcha estas medidas. Son cuatro razones que nos llevan a votar a favor, sin perjuicio de que en el debate pudiéramos portar todas ideas para mejorar la iniciativa legislativa...”.

¹⁹ La misma llegó a criticar en su intervención el olvido a las víctimas del terrorismo de género, pues resalta la falta de actos de apoyo a las familias de las víctimas, la falta de eficacia de los planes y de las medidas existentes hasta la fecha y la falta del necesario respaldo presupuestario y exigió que se adoptaran medidas de tipo económico, social, político y jurídico, resaltando la propuesta ofrecida como un motor de arranque del consenso esperado.

retirar la proposición de ley y a elaborar un texto conjunto entre todos los grupos parlamentarios. Efectuada la votación de la propuesta se emitieron 316 votos, de los cuales, 151 fueron a favor y 165 en contra, desestimándose la misma.

1.2.2 Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer

En junio de 2004 se elaboró un Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer que se remitió, entre otros organismos, al Consejo General del Poder Judicial²⁰ (en adelante CGPJ), al Consejo de Estado²¹ y al Consejo Económico y Social²² para que elaboraran los correspondientes informes al mismo.

1.2.2.1 Informe del Consejo General del Poder Judicial

El CGPJ emitió el informe interesado al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer tras su aprobación con la Comisión de Estudios e Informes del mismo en sesión celebrada el 21 de junio de 2004 y aprobado definitivamente por el Pleno el 24 de junio de 2004. Dicho informe resultó bastante exhaustivo, no sólo desde el punto de vista cuantitativo sino también por lo amplio de las materias tratadas, adoptando la siguiente estructura: 1) índice; 2) sobre la potestad de informe del CGPJ; 3) estructura del Anteproyecto de Ley Orgánica; 4) consideraciones generales acerca del proyecto; 5) análisis de las concretas medidas propuestas; 6) del observatorio nacional de violencia sobre la mujer y formación de jueces y magistrados; 7) breve análisis de otras medidas propuestas y 8) conclusiones.

Dentro del informe del CGPJ²³ entiendo necesario resaltar algunos aspectos sobre los que se pronuncia. El informe critica que, tanto al Ministerio Fiscal, como a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad apenas se les dedica un artículo a cada uno y que con el alto protagonismo dado a los jueces se pretende judicializar un problema social, cuando al juez lo que le corresponde no es solucionar problemas sociales, sino ejercer el poder

²⁰ El CGPJ aprobó el informe interesado el 24 de junio de 2004.

²¹ Cuyo informe fue aprobado el 24 de junio de 2004.

²² Cuyo informe fue aprobado en Sesión Extraordinaria del pleno el 17 de junio de 2004.

²³ Dentro del apartado IV, punto 1º del informe del CGPJ de 24 de junio de 2004.

jurisdiccional del Estado, proteger a la víctima y juzgar en derecho a quien, presumiéndose su inocencia, es acusado por quien ejercita la acción penal de un delito o falta considerando necesario, por tanto, propone dar más relevancia al Ministerio Fiscal y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Más adelante se reprocha en el informe que las aportaciones económicas que se prevén para el Ministerio Fiscal sean “cero” basándose toda su actuación en un Fiscal Delegado y en la creación de Secciones en las Fiscalías ya existentes²⁴.

En cuanto a la **definición de violencia** del art. 1.2 del Anteproyecto²⁵ dice el informe que del texto se deduce que no se producirá en los casos de un solo acto de violencia aislado sino con ocasión de una situación de dominación en la que se da un contexto de continua agresión y deterioro de la personalidad de la víctima y que si bien la norma puede reaccionar frente a “situaciones de dominación” debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante y critica que junto a la mujer no se incluya a otros colectivos que considera también dignos de protección como a los menores o ancianos e incluso a los hombres.

Sobre la **discriminación positiva** señala²⁶ que con frecuencia se utiliza ese término para aludir a las políticas dirigidas a mejorar la calidad de vida de los grupos desfavorecidos, proporcionándoles la oportunidad de conseguir el mismo nivel en cuanto al goce de oportunidades y de ejercicio de derechos que aquellos más favorecidos y que en el orden constitucional, los derechos fundamentales son iguales para todos los ciudadanos, aunque necesiten políticas encaminadas a remediar situaciones de desigualdad, sin embargo, cuando se trata de tutela penal y procesal, en la medida en la que se tutelan derechos fundamentales, no cabe hablar de desigualdad y el Anteproyecto, más que pretender una discriminación positiva, lo que hace es endurecer el régimen punitivo de determinados comportamientos delictivos que se sancionan más gravemente por razón del sexo del sujeto activo y no por la mayor gravedad del injusto.

²⁴ Dentro del apartado V, punto 6º del informe del CGPJ de 24 de junio de 2004.

²⁵ En el mismo se dice que “A los efectos de esta Ley, se entenderá por violencia ejercida sobre la mujer la utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Comprende la violencia física y la psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto en la vida pública como privada, cuando el principal factor de riesgo lo constituya el hecho de ser mujer”.

²⁶ Págs. 19 y ss. del informe del CGPJ.

El informe también critica la indebida introducción, en el art. 1 del Anteproyecto, del **elemento intencional** en la definición de violencia, pues parte de que todo acto de violencia contra la mujer viene guiado por la presunción de que se agrede movido por esa intención o finalidad, lo que puede recrear un derecho penal de autor y que con ello se crea una jurisdicción especial privada de las mujeres y propone el abandono de la misma por su contenido y efectos negativos.

En lo relativo a la **tipificación**, como delito, **de las amenazas y coacciones leves** sobre la mujer señala el CGPJ dentro del apartado V, punto 2º d) que de la regulación propuesta se deduce que ante el mismo comportamiento objetivo (amenaza o coacción leve) el varón comete un delito mientras que la mujer comete una falta, a pesar de que los derechos fundamentales atacados por el comportamiento ilícito tienen en la CE el mismo valor, cualquiera que sea su titular y considera que la reforma propuesta de los arts. 171 y 172²⁷ presenta serias objeciones de constitucionalidad, por definir el sujeto activo y pasivo del delito por razón del sexo, al margen del comportamiento

²⁷ En concreto se añaden dos apartados, numerados como 4 y 5, al art. 171 del CP con el contenido siguiente:

“4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. No obstante lo previsto en el párrafo anterior, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligroso a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

Respecto del art. 172, el contenido existente hasta ese momento queda como apartado 1º y se añade un apartado 2º el contenido siguiente:

“El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

objetivamente realizado y por no justificar, correctamente, el tratamiento punitivo de la amenaza o coacción leves contra la mujer y la libertad, considerada como bien jurídico protegido, se tutela en el CP de igual manera según su titular sea la mujer o el varón sin que exista discriminación alguna, ni situación de inferioridad en este ámbito.

Respecto de la **agravación del delito de lesiones** del art. 148 del CP en el Anteproyecto si la víctima “*fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*”, indica el informe, en el apartado V, punto 2 e), que en la agravación prevista se presume, *ex lege*, que la mujer, en el caso de sufrir lesiones de mayor entidad que las previstas en el art. 153 del CP, se encuentra siempre, en una situación de inferioridad lo que produce que se aplique la agravante genérica de abuso de superioridad sin que se aprecie un mayor contenido de injusto o de reprochabilidad en el comportamiento del agresor; por tanto, para el CGPJ el tipo agravado de lesiones no tiene fundamento, ni desde el punto de vista de lo injusto, ni de la culpabilidad, pues sólo cabría entenderlo sobre la base de una presunción legal de inferioridad de la mujer, lo que considera inadmisibles.

En cuanto a la **creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer**, el CGPJ valoró positivamente²⁸ acudir a la idea de la especialización funcional siempre que ello no implicara, ni la creación de unos órganos específicos, más allá de la especialización funcional, ni el establecimiento de una jurisdicción especial por razón del sexo de una de las partes, lo que, según el CGPJ, sería propio del Antiguo Régimen. Además para el CGPJ, el Anteproyecto crea una mezcla de jurisdicciones al combinar aspectos penales y civiles en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y sin que la tradicional existencia de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción suponga una confusión de jurisdicciones pues el Juez único actúa como Juez de Primera Instancia en lo civil y como Juez de Instrucción en lo penal, pero con una separación de jurisdicciones.

En lo relativo a la **imparcialidad de estos juzgados** indica que, la misma, se ve comprometida pues se trata de un órgano que se crea no para aplicar Justicia con imparcialidad sino para luchar contra una patología de las relaciones hombre-mujer y en la que, el ánimo del agresor, se presume de conformidad con la definición de violencia que se da en el art. 1.2 del texto del Anteproyecto.

²⁸ Apartado V, punto 3º.

Sobre la **atribución de competencias penales** a dichos Juzgados de Violencia sobre la Mujer critica, duramente, que no se haga en función de la materia sino en función del sexo del sujeto activo y pasivo lo que produce efectos no deseables, pues la apariencia de imparcialidad se ve afectada, notablemente, en cuanto que la instrucción de un delito determinado no se atribuye por razones funcionales sino por la cualidad personal del sujeto activo y pasivo del delito.

En lo concerniente a la **atribución** por *vis atractiva* de **competencias civiles** al Juez de Violencia sobre la Mujer, no comparte que el texto deje sin resolver problemas importantes, como el inicio y la pérdida de la competencia civil por el Juez de Violencia sobre la Mujer y, que si solamente se exige para que el Juez de Violencia asuma competencias para la instrucción de cualquiera de los delitos o enjuiciar alguna de las cuestiones civiles a las que se refiere el art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), que se haya iniciado un proceso penal por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección, es posible que quede a merced de las partes, en este caso la supuesta víctima, la elección del juez competente, sin que el texto prevea la posibilidad de que se archiven las diligencias previas o se sobresee el procedimiento, aunque sea de forma provisional y se pregunta a continuación, ¿qué ocurriría entonces con los procedimientos civiles abiertos y tramitados por el Juez de Violencia sobre la Mujer? Teóricamente, el Juez de Violencia sobre la Mujer tendría que dejar de conocer y remitir las actuaciones al Juez de Familia, con lo que podríamos encontrarnos con que si inicialmente conocía un Juez de Familia y se produce el hecho delictivo propio de violencia de género, dicho Juez de Familia se tendría que inhibir a favor de un Juez de Violencia sobre la Mujer y si después, éste archiva el procedimiento o lo sobresee, tendría que remitir las actuaciones seguidas en el proceso civil a favor del Juez de Familia que inicialmente hubo conocido de las mismas, con la consiguiente pérdida de tiempo que ello supone.

Sobre los **juicios rápidos**, el CGPJ indica que la Disposición Adicional Sexta prevé que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Anteproyecto, el CGPJ dictará un reglamento para adecuar los servicios de guardia a la existencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer y anticipa dos tipos de problemas:

1) Si se tiene en cuenta que el procedimiento de los llamados “juicios rápidos” resulta aplicable para la instrucción y el enjuiciamiento de los “delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual cometidos contra las personas a que se refiere el art. 173.2 del CP” (art. 795.1.2ª, a) de la LECrim); que además el art. 14.3 de la LECrim prevé que el Juez de Instrucción de guardia del lugar de comisión del delito dicte sentencia de conformidad, en los términos del art. 801 de la LECrim; que el art. 962.1 del mismo texto dispone el enjuiciamiento inmediato de las faltas del art. 620 del CP siempre que, en este último caso, el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del CP y que la tramitación de los juicios rápidos por delito y falta se realiza por el Juez de Instrucción en funciones de guardia, en la práctica los procesos que serían competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en realidad serían tramitados por los cauces de los juicios rápidos por delito y por falta, por los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia, lo que resulta incompatible, según el informe del CGPJ, con la regulación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que prevé el Anteproyecto.

2) Que en sistema de orden de protección previsto en la Ley 27/2003 descansa principalmente en la actuación urgente del Juzgado de Instrucción en funciones de guardia, lo que exige dar una respuesta rápida y ágil a la víctima.

A raíz de los dos problemas señalados, en la práctica nos encontraremos, dice el informe del CGPJ, que en los casos típicos de violencia de género se instruirán por el Juez en funciones de guardia del lugar de comisión a través de estas diligencias urgentes y en atención a los principios de oralidad, concentración e inmediación, el juez que esté conociendo del mismo no podrá inhibirse a favor del Juez de Violencia una vez iniciadas las sesiones del juicio oral, por lo que será el único competente para dictar sentencia, salvo que pierda eficacia todo lo actuado con la consiguiente dilación indebida²⁹.

²⁹ A mi juicio no tiene razón de ser la crítica que el informe del CGPJ hacía a los juicios rápidos y a la regulación de las competencias sobre los mismos si se tiene en cuenta que echando la vista atrás antes de que se asumieran las funciones de guardia por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer existía un servicio en el que se distribuía el conocimiento de las órdenes de protección, la celebración de los juicios rápidos y las diligencias diversas surgidas como, por ejemplo, la decisión sobre la situación personal de los detenidos, entre varios Juzgados de Violencia sobre la Mujer y sólo durante los días en los que no funcionaba dicho servicio como, por ejemplo, fines de semana o días festivos, dichas funciones se conocían por los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia y dichos Juzgados posteriormente o bien remitían las actuaciones a los Juzgados de lo Penal para el enjuiciamiento de los juicios rápidos o la ejecución de las sentencias de conformidad ó bien se inhibían a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

En cuanto a la **competencia territorial penal** en función del domicilio de la víctima, introducida a través del art. 15 bis por el Anteproyecto, el CGPJ afirma que es un criterio competencial novedoso pues tradicionalmente, y según el art. 14 de la LECrim, el fuero preferente siempre ha sido el del lugar de comisión del delito por entender que es allí donde se ha producido la ruptura de la convivencia social, es más fácil la persecución del delito y, este principio de territorialidad, determina el ámbito especial de aplicación de la norma penal, siendo además este criterio inalterable por voluntad de las partes a diferencia de lo que ocurre cuando se opta por el fuero del domicilio de la víctima³⁰.

Para concluir, y sin perjuicio de otras cuestiones que se tratan por el CGPJ, se debe resaltar la crítica que se hace en el informe al Anteproyecto y en el que se apunta la **posible inconstitucionalidad** de algunos preceptos, aunque no fue aprobado por unanimidad, sino que contó con los votos particulares de los vocales: D. Fernando Salinas Molina, D. Luis Aguiar de Luque, D. Juan Carlos Campo Moreno, D^a. Montserrat Comas D'Argemir i Cendra, D^a. M^a. Ángeles García García, D. Javier Martínez Lázaro y D. Félix Pantoja García. Además D^a. Montserrat Comas D'Argemir i Cendra y D. Félix Pantoja García formularon votos concurrentes, aparte, sobre algunos aspectos particulares.

En su voto particular, los vocales indicados, señalan que el informe aprobado por la mayoría rechaza la posibilidad de una ley en la que se adopten medidas contra la violencia que padece la mujer, negando que, históricamente, las relaciones de dominio que se han ejercido en el seno de la familia la han ejercido los hombres contra las mujeres y en el mismo no se acepta que exista la “cultura machista o sexista” como problema social.

para la continuación de las actuaciones por los trámites de diligencias previas. Una vez implantado el servicio de guardia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, la totalidad de las actuaciones propias de la instrucción de la causa en servicio de guardia son conocidas por éstos.

³⁰ En la práctica pueden surgir problemas a los efectos de determinar cuál es el domicilio de la víctima: ¿es el lugar al que han acudido ella y el agresor para pasar un fin de semana? ¿Es el lugar en el que residen entre semana aunque los fines de semana tengan su domicilio en una localidad diferente? ¿Qué ocurre en los supuestos en los que los hechos se han producido en el extranjero con ocasión de un viaje de duración más o menos larga? ¿Y en los supuestos en los que ambos residen en el extranjero y luego se trasladan a España y se siguen produciendo actos de violencia de género? Como vemos la problemática es extensa y requerirá acudir a cada caso concreto para resolverla.

En dicho voto particular se defiende la constitucionalidad del Anteproyecto, indicando que el principio de igualdad de nuestra Constitución no es rígido ni absoluto sino que ha de ser interpretado a la luz de otros preceptos constitucionales como el art. 1, el 9.2, el 9.3 entre otros, y que lo importante no es si el art. 14 de la CE encierra un mandato absoluto, sino si las diferencias establecidas por el legislador entre los españoles están justificadas, objetiva y razonablemente y si tal diferencia de trato es adecuada y proporcionada para alcanzar el fin que la justifica. Entienden, además, que esas diferencias establecidas en el Anteproyecto son las constituidas por las medidas de discriminación positiva a favor de las mujeres y que están avaladas por la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 30 de abril de 2002, sobre protección de las mujeres contra la violencia; por los Tratados Internacionales y entre ellos la Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas y el Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas; la Decisión nº 803/2004/CE del Parlamento Europeo de 21 de abril de 2004, por la que se aprueba un programa de acción comunitaria para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo; por el art. 5 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979; por la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la Mujer de Diciembre de 1993, por la Declaración de Beijing de 1995; por el Informe de julio de 1997 del Parlamento Europeo que dio lugar a la campaña tolerancia cero contra la violencia de género y en nuestro país por el Tribunal Constitucional³¹ (en adelante TC), por la Ley 27/2003, de 31 de julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica; por el Observatorio creado como consecuencia de la firma el 26 de septiembre de 2002 de un Convenio entre el CGPJ y los Ministerios de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales denominado Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, entre otros.

Sobre la **denominación “contra la violencia ejercida sobre la mujer”** recogida en el título del Anteproyecto consideran que es acertada y que cuenta con un

³¹ Así STC (Pleno) nº 109/1993, de 25 de marzo, ponente Gabaldón López, EDJ 1993/2982; STC (Sala 1ª) nº 229/1992, de 14 de diciembre, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1992/12338 y STC (Sala 2ª) nº 28/1992, de 9 de marzo, ponente De los Mozos y De los Mozos, EDJ 1992/2278, entre otras.

amplio respaldo en los textos de los tratados y convenios internacionales ratificados por España.

Acerca de la importancia de la definición de “violencia sobre la mujer”, que establece el Título Preliminar del Anteproyecto, opinan que la redacción del art. 1.2 del Anteproyecto no es afortunada y que debería mejorarse su redacción.

Sobre la tutela penal del Anteproyecto proponen una modificación en la definición de los distintos tipos penales introducidos en los que se recoja el ánimo expreso de “*favorecer la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*”.

Sobre el contenido del informe del CGPJ al Anteproyecto en lo que se refiere a los **Juzgados de Violencia sobre la Mujer** entienden desacertado el mismo y consideran que se ha optado por incluir dentro del orden penal una especialización, que obedece a una necesidad social especial y que atrae competencias civiles, apostando tanto por la asunción de competencias sobre la materia por determinados Juzgados de lo Penal como por incluir entre las funciones de los Jueces de Violencia sobre la Mujer, la instrucción de los procesos para exigir la responsabilidad penal por los delitos cometidos sobre los hijos de la víctima.

Al respecto me gustaría apuntar que si bien estoy de acuerdo con lo anteriormente manifestado en el voto particular sobre la ampliación de la instrucción de los Jueces de Violencia sobre la Mujer a los delitos cometidos sobre los hijos de la víctima, entiendo que, sólo será posible cuando además de estos delitos se haya cometido un delito contra la madre, que es lo que determina la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Se critica en el voto particular la técnica legislativa usada en la modificación del apartado 2º del art. 87 ter de la LOPJ cuando se utiliza la expresión “*podrán conocer en el orden civil*”, pues parece que deja al arbitrio de los Jueces de Violencia sobre la Mujer la asunción o no del conocimiento de los asuntos que recoge el texto, y sobre el apartado 3º de ese mismo artículo, señalan que parece incompleto, pues no establece ninguna previsión acerca de lo que ocurriría si se inadmitiese a trámite la denuncia o querrela o se dictase auto de sobreseimiento o se terminase el procedimiento de otra forma. Sobre el apartado 4º del art. 87 ter de la LOPJ que prevé que el Juez inadmita la

pretensión remitiéndola al órgano judicial competente cuando “*de forma notoria*” los actos no constituyan violencia sobre la mujer consideran que es una fórmula bastante genérica y que muchas veces no sería fácil determinar hasta qué punto la violencia se ejerce como “*instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*”.

Sobre el **nuevo art. 15 bis de la LECrim**, introducido por el Anteproyecto, que atribuye la competencia para conocer al Juez del lugar del domicilio de la víctima, entienden razonable que el mismo Juez continúe conociendo en los casos de cambio de domicilio de la víctima y que sea un único juez el que instruya todos los delitos posteriores que se puedan cometer por conexidad.

En atención a todo lo anteriormente señalado, los vocales firmantes del voto particular, valoran positivamente el Anteproyecto, con las modificaciones señaladas por los mismos, y rechazan las críticas que se hace por el CGPJ.

1.2.2.2 Informe del Consejo de Estado

El informe de Consejo de Estado³² de 24 de junio de 2004 insta en sus conclusiones a elevar la aprobación del Anteproyecto al Consejo de Ministros reclamando una consideración y revisión del texto, conforme a las variadas observaciones que incluye en su dictamen.

En lo relativo a la **discriminación positiva** prevista en la tutela penal a favor de la mujer, el Consejo de Estado manifiesta que dicha discriminación positiva opera de forma indirecta y que “*la existencia de unos tipos penales "ad hoc" o la agravación de penas cuando la víctima tenga con el agresor una de las relaciones de afectividad que caracterizan a la violencia doméstica conllevará que, en la actual situación de la sociedad española, los beneficiarios y protegidos por ese tratamiento penal serán mujeres en un porcentaje abrumadoramente mayoritario, con lo que se habrá conseguido esa discriminación positiva a su favor, respetando, al mismo tiempo, las exigencias de una adecuada política y legislación penales*”.

³² En los arts. 1 y 2 de la LO 3/1980, de 22 de abril, reguladora del Consejo de Estado, se le reconoce como el máximo órgano consultivo del Gobierno y cumple con el ejercicio de la función consultiva que le está atribuida mediante la emisión de dictámenes.

Respecto de la creación de los **Juzgados de Violencia sobre la Mujer** considera el informe del Consejo de Estado que el establecimiento en cada partido judicial de estos juzgados especializados puede resultar excesivo y que sería mejor atender al volumen de trabajo y a las necesidades concretas que se observen más que establecer de entrada algunos en todos los partidos judiciales.

En mi opinión esta afirmación supone un desconocimiento de la realidad existente en aquel momento, donde el elevado número de denuncias y de los supuestos de malos tratos sin denunciar estaba extendido por toda España y prueba de ello es que hoy en día, tras años de funcionamiento de dichos Juzgados de Violencia sobre la Mujer se siguen creando nuevos Juzgados y los existentes funcionan a pleno rendimiento.

En cuanto a la introducción del **elemento finalístico** en la definición del art. 1 apartado 2º considera que la prueba del mismo debería hacerse durante la instrucción sin retrasarlo al momento del enjuiciamiento y que la instrucción de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se ceñiría, por consiguiente, en probar su existencia, en consecuencia se entiende por el Consejo de Estado que ese modo de proceder no se corresponde con una respuesta penal eficiente y equilibrada y apunta a la desaparición de la misma.

Sobre las **competencias civiles** atribuidas a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, parte de la idea de que son materias que afectan a menores y que su tratamiento en sede penal va a tener connotaciones valorativas y de reprochabilidad de las partes afectadas y considera que esa extensión civil de las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer debería ser reexaminada.

En lo referente a la **modificación del art. 49 bis 2º de la LECiv** critica la facultad otorgada al Juez o Tribunal de verificar si concurren los factores que determinan la competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y, de ser así, citar a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia inmediata tras la cual el Ministerio Fiscal en un plazo de 24 horas para decidir si presenta denuncia o si solicita orden de protección de la que se deberá notificarse al Juez o Tribunal, contradice el modo de proceder previsto en el art. 87 ter de la LECrim, puesto que se exige para poder atribuir competencias civiles al Juez de Violencia sobre la Mujer que se haya iniciado un proceso penal por actos de violencia sobre la mujer o se haya dictado una orden de protección. Sin embargo, en mi opinión, no contradice de modo alguno lo

dispuesto en el art. 87 ter puesto que esa decisión del Ministerio Fiscal, decidiendo si presenta o no denuncia o si solicita orden de protección, es la que determina el inicio de un proceso penal o permite el dictado de una orden de protección conforme a dicho art. 87 ter de la LECrim.

En cuanto al **nuevo fuero procesal** que introduce el Anteproyecto con el art. 15 bis de la LECrim por el que será Juez competente el del domicilio de la víctima entiende el Consejo de Estado la conveniencia de que se reconsidere dicha opción, en la misma línea que lo manifestado por el CGPJ en su informe, en atención a los múltiples cambios de domicilio de la víctima.

Por lo demás, el informe en términos generales es bastante crítico con el Anteproyecto y cuestiona incluso que no hayan sido oídas las CC.AA. para su elaboración.

1.2.2.3 Informe del Consejo Económico y Social

Respecto del informe al Anteproyecto, aprobado mediante Sesión Extraordinaria por el Pleno del Consejo Económico y Social (en adelante CES), el 17 de junio de 2004, es parcial pues, por decisión de la Comisión de Trabajo que elaboró el mismo, se optó por analizar sólo aquellos aspectos del Anteproyecto que, según el propio Consejo, más les atañe y dejan fuera del informe los aspectos procesales y penales del Anteproyecto, aunque valora positivamente que se incorporen en el mismo³³.

En el informe del CES se destaca la congruencia de las medidas incorporadas en el Anteproyecto con las normas y compromisos internacionales sobre la eliminación de la violencia contra la mujer y las actuaciones emprendidas con anterioridad desde los poderes públicos; en particular, resalta como especialmente útil la incorporación al Anteproyecto de una Memoria Económica para poder evaluar el coste estimativo de las medidas adoptadas.

³³ La Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social lo configura como un órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral entre cuyas funciones figura la emisión de dictámenes sobre dichas cuestiones, por lo que resulta congruente que solo entrara a valorar los aspectos del Anteproyecto relacionados con las mismas.

También considera adecuado que se haya otorgado a la ley el carácter integral para permitir un tratamiento conjunto y coordinado de las distintas políticas que atañen o afectan a la problemática aumentando la eficacia en la lucha contra la violencia de género.

No obstante lo anterior, el CES identifica en su informe algunos aspectos en el articulado del Anteproyecto que admiten mejoras; así respecto a la **técnica jurídica** utilizada parece que se dedica en su totalidad a enunciar los principios, derechos o actuaciones que se incorporan y se deja a las Disposiciones Finales la materialización de los contenidos enunciados anteriormente en los artículos y ello, según el CES, obliga a una lectura en paralelo de los artículos y de las Disposiciones Finales, creando confusión a los destinatarios de la norma.

Echa en falta, también el CES, que se hubiera recogido en el Anteproyecto una **valoración de las actuaciones** que se encontraban ya en funcionamiento en la lucha contra la violencia de género, sobre su grado de desarrollo y las carencias detectadas en cada área.

Sobre los **mecanismos de coordinación y cooperación** entre las distintas administraciones y sectores previstos en el Anteproyecto los valora en líneas generales adecuados pero considera que debería potenciarse los principios de coordinación y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas en la consecución de los objetivos del Anteproyecto a través, sobre todo, de las Conferencias Sectoriales (e Intersectoriales).

El informe del CES recoge, como acertadas, las medidas recogidas en el Anteproyecto relacionadas con el **sistema educativo** y la implicación de la **Administración Sanitaria**, aunque en relación con la trascendencia de estas medidas en el ámbito sanitario hubiera considerado más adecuado relacionarlas con lo dispuesto en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/2003, de 28 de mayo).

Por último y respecto a las mujeres con **discapacidad** y aquellas otras en las que concurren otras posibles causas de discriminación se debió de prever en el Anteproyecto más mecanismos preventivos y reparadores.

En la segunda parte del informe del CES se recogen algunas consideraciones a aspectos específicos del Anteproyecto aunque de una forma bastante general.

1.2.2.4 Comparecencias parlamentarias

El 29 de junio de 2004 se presentó por el Gobierno un Proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género³⁴, cuyo texto se aproxima bastante al definitivamente aprobado el 28 de diciembre de 2004 y que fue publicado el 1 de julio de 2004. Los días 19, 20, 22 de julio³⁵ y 7, 8 y 9 de septiembre de 2004³⁶, tuvieron lugar en el Congreso de los Diputados, turnos de comparecencias

³⁴ El texto íntegro se publicó en: Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, nº 2-1, 1 de julio de 2004, Proyecto de Ley nº 121/000002.

³⁵ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 64, 65 y 67, Sesión nº 5 a 7, celebradas entre el lunes 19 de julio de 2004 y el jueves 22 de julio de 2004. El martes 19 de julio de 2004 tuvieron lugar las comparecencias del profesor PECES-BARBA, rector de la Universidad Carlos III de Madrid, págs. 2 a 5 y 8 a 11; del profesor DE MIGUEL RODRÍGUEZ, págs. 11 a 15 y 19 a 22; del profesor BASTIDA FREIJEDO, págs. 22 a 27 y 32 a 34; de la Sra. CHICANO JÁVEGA, presidenta de la federación de mujeres progresistas, a solicitud del grupo parlamentario socialista del Congreso, págs. 35 a 39 y 42 a 48; del profesor ASECIO MELLADO, págs. 49 a 54 y 56 a 60 y de la Sra. PÉREZ DEL CAMPO, directora del centro de recuperación y reinserción de mujeres maltratadas de Coslada, págs. 60 a 63 y 69 a 72. El martes 20 de julio de 2004 tuvieron lugar las comparecencias de la Sra. COMAS DE ARGEMIR, presidenta del observatorio de violencia doméstica y de la comisión de seguimiento de la implantación de la orden de protección, págs. 2 a 6 y 12 a 16; del Sr. LÓPEZ LÓPEZ, portavoz del Consejo General del Poder Judicial y miembro del Observatorio de violencia doméstica, págs. 17 a 22 y 27 a 32; de la Sra. AGUILAR MANJÓN, presidenta del consejo general de colegios oficiales de diplomados en trabajo y asistentes sociales, págs. 33 a 36 y 39 a 40; de la Sra. NAREDO MOLERO, representante de Amnistía Internacional, págs. 41 a 45 y 50 a 55; del Sr. SANMARTÍN ESPLUGUÉS, director del Centro Reina Sofía para el estudio de la violencia, págs. 55 a 60 y 62 a 66; de la Sra. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, representante de la Fundación Mujeres, págs. 66 a 72 y 75 a 77. El jueves 22 de julio de 2004 se celebraron las intervenciones del Sr. Lorente Acosta, médico forense, págs. 2 a 10 y 14 a 20; de la Sra. RONEI ALBAREDA, presidenta de la asociación Adamuvic, págs. 21 a 24 y 28 a 29; de la Sra. VARELA PORTELA, abogada y experta en violencia de género, págs. 29 a 34 y 38 a 41; de la profesora LARRAURI PIJOÁN, págs. 41 a 44 y 48 a 50; del profesor REY MARTÍNEZ, págs. 50 a 56 y 59 a 61 y del Sr. NÚÑEZ MORGADES, defensor del menor de la Comunidad de Madrid, págs. 61 a 65 y 69 a 73.

³⁶ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 69 a 71, Sesión nº 8 a 10, celebradas entre el martes 7 de septiembre de 2004 y el jueves 9 de Septiembre de 2004. El martes 7 de septiembre de 2004 tuvieron lugar las intervenciones de la Sra. Subirats i Martori, catedrática de sociología de la Universidad Autónoma de Barcelona y Concejala de Educación del Excmo. Ayuntamiento de Barcelona, págs. 2 a 6 y 9 a 14; de la Sra. Sacristán Barrio, presidenta de la Asociación para la Protección del Menor en los procesos de separación, págs. 14 a 20 y 23 a 25; de la Sra. Llinás Warthmann, directora general de la Mujer de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, págs. 25 a 30 y 34 a 36; del Sr. Valdés Dal-Ré, catedrático del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, págs. 36 a 38 y 41 a 43; de la Sra. Alòs i Pintó, alcaldesa de Navarres, págs. 43 a 46 y 51 a 52; de la Sra. Carmona Martínez, representante de TAMAIA, Asociación de Mujeres contra la Violencia Familiar, expertas en atención, asesoramiento y tratamiento a mujeres que han sufrido violencia de género de Barcelona, págs. 52 a 57 y 61 a 64, y de la Sra. Peláez, representante de la Comisión de la Mujer del Comité Español de Representantes de personas con Discapacidad (CERMI), pág. 64 a 67 y 69. El miércoles 8 de septiembre de 2004 tuvieron lugar las intervenciones del Sr. Bejarano Guerra, coordinador del turno de oficio de violencia doméstica del Iltre. Colegio de

entre diversos juristas y expertos con el objeto de que pudieran mostrar su parecer técnico al Anteproyecto. Las comparecencias versaron sobre gran variedad de temas, siendo la constitucionalidad del texto, una de las cuestiones más discutidas, junto con la posibilidad de crear una agravante específica dentro del art. 22 del CP, modificar la agravante de parentesco, del art. 23 del mismo texto legal, la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la atribución de competencias civiles y penales a los mismos, la pérdida automática de la competencia de los Juzgados de Familia por el art. 49 bis de la LECiv, la conveniencia de la agravación de las penas, la conveniencia de incluir a otros colectivos, el fuero del domicilio de la víctima...etc.

A favor de la constitucionalidad del Anteproyecto se posicionó el profesor PECES-BARBA³⁷, quien entiende que la tutela penal recogida en el texto, responde a una función promocional del derecho, en la que los poderes públicos no se conforman con ser meros espectadores del funcionamiento del sistema jurídico sino que se les permite, e incluso se les obliga, a actuar para superar una desigualdad material³⁸.

En lugar de “*discriminación positiva*” prefiere hablar de “*igualdad como diferenciación*” o “*igualdad promocional*”, cuya técnica se empleaba desde la Edad Media, para favorecer los derechos de personas situadas en condiciones de inferioridad,

Abogados de Madrid y coordinador de programas de información, págs. 2 a 5 y 9 a 11; del Sr. Arroyo Zapatero, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Derecho de Castilla- La Mancha, págs. 11 a 18 y 23 a 29; de la Sra. Abril González, presidenta de la Comisión para la Investigación de Malos Tratos, págs. 29 a 33 y 36 a 38; de la Sra. Muñoz de Diego, alcaldesa del municipio de San Fernando de Henares, págs. 38 a 42 y 46 a 49; del Sr. Magro Servet, Presidente de la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante, págs. 49 a 54 y 57 a 61 y del Sr. Moreno Verdejo, entonces Fiscal destinado en la Fiscalía del Tribunal Supremo desde noviembre de 2003, págs. 61 a 65 y 69 a 71. El jueves 9 de septiembre de 2004 comparecieron la Sra. Tardón Olmos, secretaria del Consejo Asesor contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid y magistrada, págs. 2 a 5 y 10 a 14; el Sr. Legarda Uriarte, viceconsejero de Seguridad del Departamento de Interior del Gobierno Vasco, págs. 14 a 19 y 24 a 28; Sra. Navarro Garzón, consejera de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, págs. 28 a 33 y 36 a 39; la Sra. Ventura Franch, vicepresidenta de la Fundación de Isonomía para la Igualdad de Oportunidades de la Universidad Jaume I, págs. 39 a 43 y 45 a 47; la Sra. Montalbán Huertas, magistrada y miembro de Jueces para la Democracia, págs. 48 a 52 y 56 a 58 y la Sra. Caro Hernández, representante de la Asociación Derechos Humanos de Sevilla y de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, págs. 59 a 63 y 66 a 69.

³⁷ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 64, Sesión nº 5 (extraordinaria), celebrada el lunes 19 de julio de 2004, págs. 2 a 5 y 8 a 11.

³⁸ PECES-BARBA distingue en su intervención entre diferencia, desigualdad y discriminación. Para él, la diferencia puede ser o bien una diferencia natural, como la que se da por motivo de sexo o por motivo de edad, o una diferencia cultural, como por ejemplo, la diferencia de religiones. Respecto del concepto de desigualdad señaló que es un concepto puramente fáctico, tan sólo una realidad. Por último entiende que la discriminación supone una desigualdad producida por el derecho. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 64, Sesión nº 5 (extraordinaria), celebrada el lunes 19 de julio de 2004, págs. 3 y 4.

pretendiendo, con ese trato diferenciado, remover las mismas. No obstante, no entra a valorar la redacción de los tipos penales ni tampoco se pronuncia sobre si sería más conveniente acoger una agravante específica dentro del art. 22 del CP o una modificación del art. 23 del mismo texto legal, en lugar de acoger diferentes tipos legales.

PECES-BARBA cree necesario una ley integral, pues aprecia que la mujer se encuentra en una situación de desigualdad real que debe eliminarse, y que corresponde a los poderes públicos hacerlo³⁹ en base al art. 9.2 de la CE, que contempla, no sólo una obligación negativa sino también positiva, que les obliga a actuar y que les permite adoptar medidas que tiendan a eliminar dichas desigualdades.

Por otra parte, rechaza que el texto analizado se adentre en el llamado derecho penal de autor, a diferencia de lo manifestado por el profesor GIMBERNAT⁴⁰ y los diez vocales firmantes del informe del Consejo General del Poder Judicial, afirmando que el Tribunal Constitucional, en sentencias de los años noventa, ya determinó que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal que previera penas en atención a la personalidad del reo y no en función de la culpabilidad de éste. Afirma ser absolutamente contrario al derecho penal de autor, y según él, el Anteproyecto no se adentra en un derecho penal de autor sino que protege a un colectivo en situación de vulnerabilidad, la mujer, aplicándose la igualdad como elemento diferenciador por dichas razones. PECES-BARBA habla más bien de un derecho penal de las víctimas pues la vulnerabilidad social en la que se encuentran, supone un desvalor añadido que existe y es inherente a cualquier tipo de maltrato, amenazas o coacciones. Señala que a lo largo del CP existen supuestos de penas agravadas en atención al sujeto pasivo, sin que se haya discutido la constitucionalidad de los mismos; siendo un ejemplo de ello, los arts. 485 y siguientes del CP, que regulan los delitos contra la Corona⁴¹.

³⁹ Relaciona en este contexto el art. 9.2 de la CE con el art. 14 para justificar la actuación de los poderes públicos en la eliminación del plano de desigualdad en el que se encuentra la mujer.

⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., *La violencia de género ante el TC*, Diario El Mundo, 16 de junio de 2008, <http://reggio.wordpress.com/2008/06/16/la-ley-de-violencia-de-genero-ante-el-tribunal-constitucional-de-enrique-gimbernate-en-el-mundo/>, última visita 2 de marzo de 2015.

⁴¹ El profesor PECES-BARBA al acabar su primera intervención se sometió a las abundantes preguntas de los diputados, comenzando en primer lugar la Sra. Uría Etxebarria del grupo parlamentario vasco (EAJ-PNV) quien interesó la opinión del mismo sobre la conveniencia de concretar los títulos competenciales utilizados por el Estado a la hora de fijar la regulación plasmada en el proyecto de ley. A continuación, la diputada Sra. Pigem i Palmés, del grupo parlamentario catalán Convergència i Unió,

También en la misma línea se encuentra COMAS D'ARGEMIR, quien compareció el día 20 de julio de 2004⁴² y emitió, como vocal del CGPJ, voto particular al informe emitido por dicho órgano. La misma considera que el art. 9.2 de la CE legitima a los poderes públicos para que remuevan los obstáculos que impiden, a día de hoy, los derechos fundamentales de las personas y una igualdad real y que en base al mismo se ha regulado la tutela penal del Anteproyecto, negando que se adentre en el derecho penal de autor⁴³.

quien en primer lugar defendió la constitucionalidad del proyecto afirmando la necesidad de tratar de forma diferente situaciones distintas y formuló tres grupos de cuestiones: la primera referida a la consideración que le merecía el aumento de las penas que se preveía en el proyecto de ley, en segundo lugar su opinión respecto a que el ofendido sea sólo la mujer y en tercer lugar, su opinión respecto los juzgados de violencia sobre la mujer. A continuación la diputada Sra. Camarero Benítez, del grupo parlamentario popular, formuló cinco preguntas: 1) sobre el origen de la violencia de género, si en la actualidad existen más casos y cuáles pueden ser las razones del aumento de este tipo de violencia; 2) sobre si debieran o no incluirse como sujeto pasivo a los menores; 3) sobre la opinión que le merece el argumento esgrimido por el CGPJ y por el Consejo de Estado al respecto de que diferenciar la sanción penal por los mismos hechos sólo en función del sexo del autor o de la víctima no es una discriminación positiva sino que es una violación del principio de proporcionalidad en materia penal; 4) sobre si la sensibilización social sobre violencia de género puede favorecer la solución del problema y 5) su opinión sobre el trato que los medios de comunicación dan a la violencia de género. Por último, el Sr. Villarrubia Mediavilla, del grupo parlamentario socialista fue bastante extenso en las cuestiones que le planteó al Sr. Peces-Barba y así le preguntó sobre si en el proyecto era posible la protección no sólo de la mujer sino también de otros colectivos; sobre si las mujeres en España se encontraban en un plano de desigualdad real que permitiera sentar la base de la necesidad y oportunidad de acometer una ley integral contra la violencia de género; sobre si el trato desigual en algunos aspectos recogidos en el proyecto pueden considerarse o no inconstitucionales; sobre qué interpretación en relación con el art. 9.2 de la CE merecen las medidas a favor de las mujeres recogidas en el texto debatido; sobre qué consideración le merecen los argumentos esgrimidos por los diez miembros del CGPJ que dudaron de la constitucionalidad del proyecto, si los conoce; sobre si desde el punto de vista de la filosofía del derecho una misma conducta pueda tener respuesta punitiva distinta; sobre si podríamos estar hablando de derecho penal de autor; sobre qué bienes jurídicos subyacen en la protección multidisciplinar del proyecto y si la protección jurídica que la ley establece para las mujeres que son o han sido cónyuges o compañeras del agresor merman de alguna forma protección jurídica a otros ciudadanos.

⁴² Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 65, Sesión nº 6 (extraordinaria), celebrada el martes 20 de julio de 2004, págs. 2 a 6 y 12 a 17.

⁴³ La misma habla de que “el derecho penal de autor castiga personalidades, formas de ser y no hechos, actos o manifestaciones de voluntad, por eso está proscrito en el derecho penal moderno, democrático, ya que castiga la personalidad, castiga al ladrón por ser ladrón y no el robo; y esto está proscrito en el derecho moderno democrático. En el proyecto de ley no se castiga la personalidad, no se castiga tampoco, como se está diciendo, más por el hecho de ser hombre o por las actitudes, por su pensamiento o por su forma de hacer; no se castiga en el proyecto con más pena esta cuestión, que sí sería derecho penal de autor castigable. Lo que se castigan son conductas en una determinada relación hombre-mujer porque el bien jurídico protegido que se protege es la libertad en la relación de pareja y se protegen dos bienes jurídicos: la libertad como persona y la libertad en la relación de pareja. Por tanto, no creo que se trate ni tenga nada que ver, como se decía en el informe del Consejo, con este derecho penal de autor, que finalmente es un derecho penal nazi, porque castigaba a las personas por lo que son y no por lo que hacen. Esto sí que no lo hace el proyecto de ley, por tanto, no lo puedo compartir...”, Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 65, Sesión nº 6 (extraordinaria), celebrada el martes 20 de julio de 2004, pág. 15. En atención a lo anterior, es rotunda al negar que nos encontremos, como otros profesionales que han intervenido e incluso el propio informe del

Para justificar la regulación de los tipos penales, que se recoge en el Anteproyecto, señala que el TC ha consolidado la doctrina según la cual, es posible adoptar medidas de acción positiva para favorecer a aquellos que se encuentran en una situación de desigualdad, en este caso las mujeres, que han estado sometidas, por motivos históricos y culturales, a un modelo de sociedad que las ha colocado en dicha situación. Según ella, con esta opción legislativa se pretende combatir una auténtica lacra social: la violencia que se ejerce en el ámbito de la pareja, que provoca un gran reguero de sangre, y no va a merecer ningún reproche de los organismos internacionales.

También considera constitucional la introducción en el art. 148 del CP de una agravante específica⁴⁴, y señala que el CP está lleno de ejemplos parecidos en los que se agrava la pena por la actitud o por la intención del sujeto según los medios empleados (y cita, entre otros, los arts. 607, 572 y 485 del CP). Indica también, que no considerar constitucionalmente posible esta opción legislativa es un error, pues si se siguiera dicho ejemplo con otras modificaciones operadas en el CP supondría afectar a buena parte de los preceptos del CP e incluso admite la creación de una agravante genérica, dentro de la parte general, y se pregunta por qué si en el art. 22.4 del CP se recoge como circunstancia agravante la de *“cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad”*, no se puede introducir como nº 9, la de cometer el hecho por motivos machistas o por qué no se introduce dicha agravación en

CGPJ, ante un derecho penal de autor en la parte de la tutela penal del Proyecto, abogando por la constitucionalidad del texto y negando igualmente que nos encontremos ante una jurisdicción especial.

⁴⁴ El art. 148 del CP quedaría redactado de la forma siguiente:

“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1º Si en la agresión se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2º Si hubiere mediado ensañamiento.

3º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

4º. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”.

los demás tipos penales en los que se regulan conductas que atentan contra la dignidad de la mujer, aunque es más partidaria de la primera opción⁴⁵.

En mi opinión, si optamos por agravar la pena en el marco de las agravantes del art. 22 del CP cabría la posibilidad de que dicha circunstancia se pudiera compensar en los términos del art. 66 del CP y, por tanto, quedara vacío de contenido la misma. Por el contrario, si optamos por la tipificación expresa e independiente, se está cerrando y limitando el círculo de tipos penales por los que castigar la violencia de género y se garantiza, por otro lado, que se van a castigar dichas conductas con arreglo a los mismos, aunque se corre el riesgo de que queden sin agravación, conductas delictivas que el legislador no haya considerado necesario agravar, por ejemplo, los delitos contra la libertad sexual cometidos en el seno de relaciones afectivas, los delitos de lesiones de los arts. 149 y 150 del CP, los delitos de detención ilegal...etc.

COMAS D'ARGEMIR no entiende inconstitucional castigar como delito, las amenazas y coacciones que, hasta ahora, eran castigadas como falta, aunque considera que dicha opción puede traer más problemas que ventajas y que sería más conveniente continuar por la línea de la Ley 11/2003, de 29 de septiembre o bien, dejarlas sin modificar con la opción de penarlas más gravemente cuando se cometan en el ámbito de la violencia doméstica.

También defiende la constitucionalidad del Anteproyecto ARROYO ZAPATERO, que intervino en la segunda ronda de comparecencias en el Congreso de los Diputados⁴⁶, y que considera que el texto es plenamente constitucional y; por consiguiente, respetuoso con el principio de igualdad. Sostiene que no se puede hacer distinciones ante conductas lesivas del mismo bien jurídico protegido que ofrecen el mismo grado de injusto y de culpabilidad y para él, el texto contempla tipos agravados sobre tipos básicos que castigan el mayor desvalor de la acción o del resultado cuando los mismos recaen sobre una mujer maltratada⁴⁷. Entiende que distinguir no es discriminar y el Anteproyecto no distingue hombres y mujeres sino distintos tipos y

⁴⁵ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 65, Sesión nº 6 (extraordinaria), celebrada el martes 20 de julio de 2004, pág. 5 y 14.

⁴⁶ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 70, Sesión nº 9, celebrada el miércoles 8 de septiembre de 2004, págs. 11 a 18 y 23 a 29.

⁴⁷ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 70, Sesión nº 9, celebrada el miércoles 8 de Septiembre de 2004, pág. 18.

contextos de violencia, aunque el sujeto activo de los mismos sea un varón y el sujeto pasivo, una mujer⁴⁸.

Afirma que, en las conductas castigadas en el Anteproyecto el grado del injusto es mayor, puesto que es mayor el daño que se produce a la libertad, a la seguridad y a la integridad y, por consiguiente, también es mayor el grado de culpabilidad, al ser más reprochable la motivación con la que actúa el varón en los supuestos de violencia de género⁴⁹ y por ello, el texto no es ni discriminatorio ni inconstitucional⁵⁰. Habla de un derecho penal de víctimas, rechazando la idea de un derecho penal de autor.

⁴⁸ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 70, Sesión nº 9, celebrada el miércoles 8 de Septiembre de 2004, pág. 17.

⁴⁹ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 70, Sesión nº 9, celebrada el miércoles 8 de Septiembre de 2004, pág. 18.

⁵⁰ La comparecencia del Sr. Arroyo Zapatero dio lugar a un gran debate y a bastantes preguntas de los diputados presentes en la Cámara que comenzaron con la de la diputada Sra. Uría Etxebarria, del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), quien le formuló dos cuestiones: a) cuál era el bien jurídico protegido en los delitos de violencia de género, si la integridad o la dignidad y 2) cuál debía ser el tratamiento penal que debiera darse a los delitos de quebrantamiento que se produjeran en el seno de estos delitos. A continuación, la diputada Sra. García Suárez, por el grupo parlamentario Izquierda Verde-Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, quien se centró en tres aspectos: 1) el déficit del conocimiento criminológico que se tiene sobre el tema, 2) el conocimiento de la realidad de violencia que sufre la mujer por parte de su entorno y 3) la cuestión de la infancia. Después de la misma tuvo su intervención la diputada Sra. Pigem Palmés, por el grupo Parlamentario de Convergència i Unió quien 1) resaltó la necesidad de conceptuar como delito las agresiones a mujeres si el mayor reproche penal lo merece, 2) alabó la afirmación del compareciente de que la respuesta a la violencia de género no se podía conseguir sólo con una respuesta penal, 3) cuestionó la necesidad de optar o bien por tipos penales diferenciados que dieran respuesta a las distintas situaciones de violencia o por una agravante genérica de sexismo en el art. 22 del CP manteniendo la descripción de los tipos penales de forma neutra, 4) preguntó si en el resto del ordenamiento jurídico penal existían otros delitos en los que se distinguían por sujeto activo y pasivo, 5) preguntó sobre la conveniencia de incluir en el art. 1 del proyecto definiciones de los distintos tipos de violencia existentes, y 6) preguntó la opinión del ponente respecto de la orden de protección y de los requisitos que se deberían tener en cuenta para la adoptar la misma. Tras la misma la diputada Sra. Quintanilla Barba del grupo parlamentario popular realizó dos preguntas al compareciente: 1) sobre si en los códigos penales de los países de nuestro entorno se prevén penas distintas dependiendo de si la violencia es ejercida por un hombre o por una mujer y 2) si según su opinión no sería más beneficioso para la mujer que en lugar de instaurar juzgados especializados de violencia sobre la mujer fueran los juzgados de familia quienes asumieran dichas funciones. En último lugar, el diputado Sr. Villarrubia Mediavilla, del grupo parlamentario socialista aunque matizó que no dudaba de la constitucionalidad del proyecto de ley preguntó al Sr. Arroyo Zapatero sobre 1) si el mismo pudiera ser contrario al principio recogido en el art. 9.2 de la CE pues según su entendimiento y a diferencia del compareciente si considera que con dicho precepto si se pretende alcanzar una igualdad real y efectiva y remover cualquier obstáculo a la misma y si, por consiguiente, pudiera definirse la regulación penal que se hace en el proyecto como derecho penal de autor, 2) si la regulación que se hace en el proyecto de ley pudiera aminorar o perjudicar los derechos de algún otro colectivo, 3) interesa la ampliación de su exposición sobre situaciones de amenazas y coacciones leves y la apreciación en las mismas de una situación objetiva de riesgo, 4) sobre si la concentración de competencias penales y civiles en los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer cuya creación se prevé aumenta la tutela judicial efectiva de las víctimas y 5) sobre su opinión en la modificación del art. 14 de la LECrim respecto de la atribución de la competencia para conocer de las faltas de los arts. 620.1 y 620.2 a los jueces de paz.

MONTALBÁN HUERTAS⁵¹, que proclama la constitucionalidad del texto, señala respecto del ajuste constitucional al tratamiento penal distinto de hombres y mujeres, que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional amparan este trato diferenciado si existen razones objetivas y razonables, en este caso lo justifica ante la necesidad de dar un plus de protección a la mujer, aunque entiende más adecuado aplicar esa diferencia penológica a través de una agravante genérica cuando el hecho se comete con la especial intencionalidad de mantener una situación de discriminación o desigualdad⁵².

En un plano contrario se sitúa BASTIDA FREIJEDO quien compareció el 19 de julio de 2004⁵³ y es claro partidario de la **inconstitucional del Anteproyecto**. Para el mismo, tanto el Estado como la Constitución reconocen el principio de igualdad que entraña un principio de neutralidad: todos son iguales en la ley y ante la ley. Sigue diciendo que con la conquista del estado social se consiguió tratar de forma desigual situaciones desiguales, pero no comparte que la ley pueda hacer diferenciaciones por razón del género o de la raza de las personas, pues en el caso de que se permitieran, serían discriminatorias. Afirma que la desigualdad se convierte en discriminación cuando no existen razones que la justifiquen y que cuando dicha desigualdad lo es por razón de raza sexo o religión, no hay ningún tipo de justificación para la misma y; por tanto, es inconstitucional.

No obstante lo anterior, sostiene que hay circunstancias en las que se permite la denominada por él “discriminación inversa”. Discrepa de la posición mantenida por PECES-BARBA y señala que habría que distinguir dos facetas del Estado: Por un lado, aquella en la que el Estado regula la libertad, la delimita o le impone límites y por otro, la faceta en la que el Estado distribuye los recursos en la que sí puede dar prioridad a una actividad frente a otra sin que se tache dicha conducta de inconstitucional; si se traslada dicha diferenciación al ámbito de la violencia de género, se podría distinguir una actividad del Estado dirigida a favorecer a la mujer, por ejemplo, en temas

⁵¹ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 71, Sesión nº 10, celebrada el jueves 9 de Septiembre de 2004, pág. 48 a 52 y 56 a 58.

⁵² Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 71, Sesión nº 10, celebrada el jueves 9 de Septiembre de 2004, pág. 58.

⁵³ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 64, Sesión nº 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004, págs. 22 a 27 y 32 a 34.

laborales, en tutela incluso judicial...etc., constitucionalmente sería de muy difícil reproche, y sólo si fuese excesiva y dejase desprotegido a los demás ciudadanos, atentaría contra la Constitución. Sin embargo, dentro de la esfera penal entiende que hay que ser más cautos porque establecer un tipo penal en el que se imponga una determinada pena, cuando el esposo maltrate a la esposa pero no al revés, es contrario a la Constitución y además, inútil, pues se pueden conseguir las mismas metas empleando otros medios⁵⁴.

Para evitar la inconstitucionalidad del texto es partidario de introducir dentro del art. 22 del Código Penal la agravante de ejecutar el hecho aprovechando la actuación dentro del ámbito de la privacidad o relación afectiva y aboga por eliminar de la agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal, el término “parentesco” para poderlo aplicar siempre en las relaciones afectivas.

Para LÓPEZ LÓPEZ⁵⁵, que compareció al día siguiente⁵⁶ y que hizo una defensa, en términos generales del informe emitido por el CGPJ, el Anteproyecto también es inconstitucional y, aunque valora positivamente que se haya eliminado el elemento intencional para poder calificar la violencia contra la mujer, el hecho de que sólo se regule la violencia entre hombre y mujer hace que se cuestione la constitucionalidad de la misma, y entiende, además, que lo que hace la ley es introducir en la tutela penal una acción positiva de discriminación que no cabe en el ámbito penal ni tampoco en la forma de organización de los tribunales⁵⁷.

REY MARTÍNEZ⁵⁸ también advierte de la dudosa constitucionalidad de la tutela penal del Anteproyecto y rechaza que, tanto las acciones positivas como las discriminaciones positivas⁵⁹ tengan entrada en el derecho penal pues el principio de

⁵⁴ Ibídem, pág. 26.

⁵⁵ Portavoz del CGPJ y miembro fundador y promotor del Observatorio contra la Violencia.

⁵⁶ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 65, Sesión nº 6 (extraordinaria), celebrada el martes 20 de julio de 2004, págs. 17 a 22 y 27 a 32.

⁵⁷ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 65, Sesión nº 6 (extraordinaria), celebrada el martes 20 de julio de 2004, pág. 20.

⁵⁸ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 67, Sesión nº 7 (extraordinaria), celebrada el jueves 22 de julio de 2004, págs. 50 a 58 y 59 a 61.

⁵⁹ REY MARTÍNEZ, a la hora de hablar sobre la constitucionalidad de los artículos de la tutela penal del Anteproyecto distingue, como ya lo han hecho otros comparecientes, entre las acciones positivas y las discriminaciones positivas para fundamentar el distinto tratamiento jurídico que se da, en algunas

igualdad garantiza que debe dispensarse un trato idéntico tanto a hombres como a mujeres⁶⁰, en atención a que los bienes jurídicos protegidos tienen el mismo valor cualquiera que sea su titular, y el autor de un hecho delictivo debe responder por el mismo y no por su modo de ser o por su sexo⁶¹. Señala que el Anteproyecto convierte delitos comunes en especiales por razón de la cualidad sexual del sujeto activo y para salvar la constitucionalidad del texto, propone varias opciones: o bien aplicar la agravante de parentesco del art. 23 del CP⁶², o crear una agravante específica en el art. 22 del CP cuando el agresor actúe movido por una discriminación por razón de sexo o incluso, un concurso de delitos con el del art. 173.2 del CP.

Respecto a la posible desproporción de las penas, de cara a la posible inconstitucionalidad del texto, no considera que tenga tanto peso como el de igualdad.

Para TARDÓN OLMOS⁶³, en la misma línea que los anteriores, el Anteproyecto vulnera los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de igualdad y es, por tanto, inconstitucional. Señala que, la mayor agravación de la pena prevista no viene justificada por la mayor culpabilidad del autor de los hechos sino por la diferente condición sexual de los protagonistas y la relación de afectividad entre ellos, por lo que se está sustituyendo un derecho penal de los hechos por un autoritario derecho penal de autor y niega que en el ámbito penal se pueda admitir ninguna discriminación positiva⁶⁴.

ocasiones, a minorías desfavorecidas y así, indica que la discriminación positiva requiere un trato jurídico mejor y diferente a una persona o grupo de personas respecto de otro, que recibe, por consiguiente, peor trato jurídico; mientras que las acciones positivas sólo desarrollan el primer efecto. Para él, *“la distinta naturaleza de la discriminación que sufre cada grupo social en desventaja justifica un cierto tipo de medidas a favor de la igualdad de oportunidades”*. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 67, Sesión nº 7 (extraordinaria), celebrada el jueves 22 de julio de 2004, págs. 53 y 54.

⁶⁰ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 67, Sesión nº 7 (extraordinaria), celebrada el jueves 22 de julio de 2004, pág. 55.

⁶¹ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 67, Sesión nº 7 (extraordinaria), celebrada el jueves 22 de julio de 2004, pág. 56.

⁶² En mi opinión, si se aplicara dicho precepto sin ningún tipo de modificación, quedarían fuera algunas relaciones afectivas, pues no todas quedan incluidas dentro de una relación de parentesco.

⁶³ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 71, Sesión nº 10, celebrada el jueves 9 de Septiembre de 2004, págs. 2 a 5 y 10 a 14.

⁶⁴ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 71, Sesión nº 10, celebrada el jueves 9 de Septiembre de 2004, págs. 3 y 4

En mi opinión, la tutela penal del Anteproyecto que modifica diversos tipos penales para castigar determinadas conductas cometidas en el seno de una relación de afectividad, es plenamente constitucional. No sólo defendiendo la constitucionalidad del texto sino que además, concibo necesario que los poderes públicos, adopten las medidas y leyes precisas para poner fin a esta lacra social a la que han contribuido. Las mujeres durante muchos años han tenido que soportar leyes discriminatorias que las colocaban en una situación de inferioridad respecto al hombre, basta con recordar las famosas “licencias maritales”⁶⁵, la pérdida automática de la nacionalidad española si la sufría el marido...etc.

Todas estas leyes, repito discriminatorias, contribuyeron a situar al hombre en un plano superior a la mujer, a hacerle “cabeza de familia” y a concebirle como el único que podía traer “el pan a casa”. Así, la mujer tuvo que ver limitados sus derechos, su educación, su acceso a un trabajo⁶⁶ y sólo podía aspirar a un salario inferior al del hombre⁶⁷, pues su trabajo era concebido como complementario al de su marido.

Todo lo anterior sitúa a los poderes públicos en deudores de unas políticas de igualdad que hagan desaparecer cualquier atisbo de justificación al sometimiento femenino o a su dominación, y que contribuyan a la desaparición de la cultura machista que alentaron y justificaron.

El art. 9.2 de la CE permite a los poderes públicos adoptar medidas que promuevan una igualdad real y efectiva y en base a dicha potestad se redactó el Anteproyecto.

La tutela penal que contempla el Anteproyecto no se sitúa dentro del derecho penal de autor pues no impone penas por el hecho de ser hombre sino que castiga determinadas conductas que se dirigen a la mujer por su condición de tal. Entiendo completamente legítimo imponer penas más graves cuando la acción se dirige hacia un

⁶⁵ Que perduraron en nuestro ordenamiento jurídico hasta que la Ley 14/75, 2 de mayo las derogó envuelta en una gran polémica.

⁶⁶ Hasta que la Ley 56/1961, de 22 de julio reconoció en su art. 1 que “*La Ley reconoce a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley*”, aunque esa misma ley prohibía en el apartado c) del número dos del art. 3 el acceso a la mujer a determinadas profesiones, entre ellas, el acceso a la carrera judicial y fiscal hasta que fue derogado por la Ley 96/1966, de 28 de diciembre.

⁶⁷ Pioneras fueron las trabajadoras de la fábrica de Ford en Londres que iniciaron una huelga hasta alcanzar un compromiso de igualdad salarial.

sujeto más vulnerable y podemos encontrar ejemplos a lo largo del CP en los que el legislador ha decidido castigar más severamente en función del sujeto pasivo.

Tampoco aprecio que se esté vulnerando el principio de proporcionalidad pues cualquier maltrato, lesión o amenaza que se produzca en el seno de la pareja, causa un daño mayor que si se produce fuera de ella, en atención a que la violencia de género abarca no sólo el maltrato, la lesión o la amenaza causada; es más amplia pues con ella no resulta afectado un único bien jurídico protegido.

La regulación escogida me parece acertada aunque insuficiente. Si se hubiera optado por introducir una agravante específica dentro del art. 22 del CP, cabría la posibilidad de que pudiera compensarse, como prevé el art. 66 del CP, y quedaría vacía de contenido. Tampoco me parece correcta, como apuntaron algunos, la opción de castigar la violencia de género dentro de la agravante de parentesco del art. 23 del CP, pues no todas las relaciones de afectividad tendrían cobijo dentro de la misma y perdería su entidad. No obstante, no es una solución exenta de inconvenientes pues deja fuera de castigo específico todas aquellas conductas que no se haya decidido incluir en el texto; por ejemplo, los delitos contra la libertad sexual, que tan a menudo se producen en el seno de la pareja, y que siguen castigándose conforme a su redacción anterior. Por lo que, en dichos supuestos sí considero necesario introducir para futuras modificaciones legales tipos específicos que han quedado olvidados dentro de la LIVG, como por ejemplo, los ya mencionados delitos contra la libertad sexual en el ámbito de las relaciones de pareja, los delitos cometidos a través de las redes sociales o cuando se de publicidad de los mismos a través de las mismas, o el delito de matrimonio forzado entre otros.

Además de la constitucionalidad del texto, se discutieron también otras cuestiones como, por ejemplo, la conveniencia de incluir dentro del ámbito de protección de la norma a los hijos de las víctimas de violencia de género. Así COMAS D'ARGEMIR entiende que no estaría de más que dentro del ámbito de aplicación de la ley en el art. 1 del Anteproyecto se hiciera una mención expresa a los mismos⁶⁸.

⁶⁸ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 65, Sesión nº 6 (extraordinaria), celebrada el martes 20 de julio de 2004, pág. 12.

En idéntico sentido, ARROYO ZAPATERO quien defiende que tiene sentido establecer una agravación para no dejar fuera a menores y mayores que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y aboga por una modificación del art. 173.2 del CP⁶⁹.

TARDÓN OLMOS⁷⁰ entiende que los menores no están incluidos en el proyecto como víctimas de violencia de género independientes, aunque sí lo están como víctimas mediatas o indirectas, y que sería deseable que se incluyeran como tales aunque sus madres no fueran víctimas en aquellos supuestos en los que se pretende con una agresión a los mismos un ataque indirecto hacia ellas.

PECES-BARBA⁷¹, sin embargo, rechaza incorporar a otros sujetos dentro del ámbito de protección de la norma pues, según él, la hace perder nitidez y afectaría a prevención general positiva.

Tampoco REY MARTÍNEZ⁷² se muestra partidario, pues para él no se pueden comparar las situaciones de unos y otros, aunque sí entiende discriminatorio que no se incluya en el mismo a las parejas homosexuales al entender que en dichos ámbitos también pueden producirse situaciones similares a los de la violencia de género.

Bajo mi punto de vista, adentrarse en el debate sobre la inclusión de otros sujetos pasivos en el texto conlleva plantearse la esencia misma del Anteproyecto: ¿se pretende luchar contra la violencia que se ejerce sobre la parte más débil de la relación sentimental que suele ser la mujer aunque puede llegar a ser el propio hombre (y que admitiría en este caso también a las parejas del mismo sexo) o se quiere erradicar únicamente la violencia sobre la mujer por la situación de desigualdad en la que se encuentra dentro de dicha relación?

⁶⁹ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 70, Sesión nº 9, celebrada el miércoles 8 de Septiembre de 2004, pág. 25.

⁷⁰ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 71, Sesión nº 10, celebrada el jueves 9 de Septiembre de 2004, pág. 3

⁷¹ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 64, Sesión nº 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004, pág. 9

⁷² Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 67, Sesión nº 7 (extraordinaria), celebrada el jueves 22 de julio de 2004, pág. 53

En mi opinión, de la Exposición de Motivos y del art. 1, parece que el texto pretende más bien lo segundo, con independencia de que si además de la mujer resultan lesionados otros sujetos podrá perseguirse también el ataque a los mismos, sobre todo en el caso de los menores de edad que cada vez más frecuentemente resultan agredidos por sus padres o parejas de sus padres como una forma de ataque a las mismas.

Respecto a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en líneas generales encontró un respaldo positivo por parte de los intervinientes; como por ejemplo, MONTALBÁN HUERTAS⁷³ quien considera que favorecerán la formación específica de los operadores jurídicos en el conocimiento de la violencia de género, la coordinación institucional con el órgano jurisdiccional y evitarán las contradicciones entre órganos jurisdiccionales.

ASENCIO MELLADO⁷⁴ los considera juzgados especializados dentro de la jurisdicción ordinaria y rechaza la idea de que constituyan una jurisdicción especial. Afirma que la definición de jurisdicción especial que hace el CGPJ en su informe⁷⁵ no la ha leído jamás en ningún libro de texto y que cumplen todas las exigencias del TC para que puedan considerarse Juzgados ordinarios predeterminados por la ley⁷⁶, aunque critica las competencias penales que se les atribuye.

En idéntico sentido COMAS D'ARGEMIR⁷⁷, quien valora muy positivamente la introducción de estos y de que asuman competencias tanto penales como civiles aunque opina que estas últimas deberían reducirse.

PECES-BARBA manifestó no sentir ningún tipo de entusiasmo porque se ampliara la jurisdicción judicial y afirmó que, si los juzgados de familia o los civiles

⁷³ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 71, Sesión nº 10, celebrada el jueves 9 de Septiembre de 2004, pág. 50.

⁷⁴ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 64, Sesión nº 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004, págs. 50 y 56.

⁷⁵ Al efecto págs. 48 y ss del informe del CGPJ de 24 de junio de 2004.

⁷⁶ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 64, Sesión nº 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004, pág. 50 y 51.

⁷⁷ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 65, Sesión nº 6 (extraordinaria), celebrada el martes 20 de julio de 2004, págs. 5 y 6.

fuera capaces de asumir las atribuciones competenciales que conlleva el Anteproyecto, sería una elección más beneficiosa que la proliferación de las jurisdicciones⁷⁸.

Para TARDÓN OLMOS⁷⁹, la especialización dentro de la instrucción penal no le parece la más adecuada pues puede provocar una criminalización de los procesos familiares y conflictos de competencia.

En una posición intermedia se situó MAGRO SERVET quien si bien defendió la creación de juzgados especializados entendió necesario que conocieran no sólo de los delitos relacionados con la violencia de género sino de todos los delitos cometidos dentro del marco del art. 173.2 del CP, y que sólo se les atribuyeran competencias civiles, en el caso de que la víctima fuera mujer⁸⁰.

En mi opinión, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer permiten una atención especializada y ágil de los asuntos tratados por los mismos, contribuyen a reducir la victimización secundaria, que debe evitarse a las víctimas de violencia de género en todo caso, e impiden que las mismas tengan que peregrinar de Juzgado en Juzgado para obtener la protección que reclaman.

La asunción de competencias civiles y penales por parte de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer no representa sino la herramienta necesaria para que los mismos puedan desempeñar las funciones que se atribuye por la ley y que son necesarias para que puedan dar una respuesta adecuada y, dentro de las mismas, el tan discutido art. 49 bis 2 de la LECiv⁸¹, que se introduce por el Anteproyecto, y del que

⁷⁸ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 64, Sesión nº 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004, pág. 8.

⁷⁹ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 71, Sesión nº 10, celebrada el jueves 9 de Septiembre de 2004, pág. 4.

⁸⁰ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 70, Sesión nº 9, celebrada el miércoles 8 de Septiembre de 2004, pág. 52.

⁸¹ Dicho precepto prevé que “cuando el Juez o Tribunal, que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia sobre la mujer, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal ni a dictar una orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del art. 87 ter.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos, tras la cual el Fiscal de manera inmediata habrá de decidir si procede en las 24 horas siguientes denunciar los hechos de violencia sobre la mujer o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el tribunal, el cual continuará conociendo

soy plenamente partidaria, es producto de esa especialización que se pretende con la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y va a permitir que en cada momento, se pueda conocer por dichos Juzgados especializados cualquier acto de violencia de género.

Dicho precepto, prevé para que el juez de familia acuerde la comparecencia que recoge, y que resulta tan polémica entre los comparecientes, que “no se haya iniciado un proceso penal ni se haya adoptado ninguna orden de protección” a favor de la víctima de malos tratos, por lo que pretende en primer lugar, es poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal pues si la víctima hasta ese momento no ha denunciado es quizás por la situación de desequilibrio y de falta de voluntad en la que se puede encontrar y, en segundo lugar, va a permitir dos cosas: Por un lado si el Ministerio Fiscal considera los hechos punibles va a poder interponer denuncia ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer competente para conocer de los mismos y por otro lado, va a poder interesar la celebración de la comparecencia del art. 544 ter para otorgar debida protección a la víctima si considera además que la misma está en una situación objetiva de riesgo. Por tanto, no es baladí que se acuerde en este precepto dicha comparecencia pues va a permitir poder iniciar un procedimiento penal contra el maltratador, pues pensemos que en muchas ocasiones la víctima lleva en silencio la carga del maltrato y no cuenta con los mecanismos suficientes para afrontar por sí misma dicha situación. Respecto a la crítica que se le hace sobre la problemática de las citaciones para la comparecencia, la misma cae por su propio peso pues el juez va a acordar la celebración de dicha comparecencia tras oír a la víctima narrar algún episodio de malos tratos sufridos, ya mencionados por ella en su escrito de demanda o bien, en presencia de la otra parte, durante su interrogatorio en el proceso de familia; por lo que estando las partes presentes se las va a poder notificar para celebrar dicha comparecencia a las 24 horas siguientes, por lo que no existirá riesgo de incomparecencia de las mismas⁸².

del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente”.

⁸² Salvo que se haya tenido que declarar la rebeldía del acusado con anterioridad en los términos previstos en los arts. 496 y ss. de la LECiv en cuyo caso, considero que la rebeldía del demandado no impide la celebración de la comparecencia prevista en el art. 49 bis 2 de la LECiv siempre que en la misma esté presente el letrado del mismo para garantizar su derecho de defensa y sin perjuicio de que el Juez de Violencia sobre la Mujer pueda luego adoptar las medidas que considere conveniente para la conseguir traer a su presencia al rebelde civil, incluidos su busca y captura.

Una vez finalizadas todas las comparecencias previstas se procedió, el 7 de octubre de 2004⁸³, a votar en el Congreso de los Diputados el conjunto de la ley y de las enmiendas introducidas por los grupos parlamentarios de las que resultaron aprobadas las presentadas por la diputada Sra. Fernández Dávila (BNG) del grupo parlamentario mixto⁸⁴; las presentadas por el diputado Sr. Rodríguez Rodríguez del grupo de Coalición Canaria⁸⁵, que de las 340 enmiendas presentadas al mismo sólo mantuvo dos, la nº 325 y la 340; las del grupo parlamentario Izquierda Verde-Unida – Iniciativa per Catalunya Verds⁸⁶; las defendidas por la diputada Sra. Uría Etxebarria, en nombre del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)⁸⁷; las presentadas por la diputada Sra. Bonàs Pahisa, del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana⁸⁸ y las del Grupo Parlamentario Convergència i Unió⁸⁹ siendo rechazadas las presentadas por la diputada Sra. Barkos Berruezo correspondiente a Nafarroa Bai, del Grupo Parlamentario Mixto⁹⁰; las de Eusko Alkartasuna, también dentro del Grupo Parlamentario Mixto⁹¹ y las del Grupo Parlamentario Popular⁹².

Tras la previa discusión y aprobación en el Senado⁹³ del texto, por último, el 22 de diciembre de 2004 se procedió a la aprobación definitiva del Proyecto con todas las modificaciones efectuadas en el Senado, previa votación favorable de diversas enmiendas por el Congreso de los Diputados, por el voto unánime a favor de los 325

⁸³ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 39, Sesión nº 35, celebrada el jueves 7 de Octubre de 2004, págs. 1703 a 1724 y págs. 1727 a 1729.

⁸⁴ Obtuvo 188 votos a favor, 3 en contra y 129 abstenciones.

⁸⁵ Con 319 votos a favor y 1 abstención.

⁸⁶ Por 191 votos a favor, 3 en contra y 126 abstenciones.

⁸⁷ Quien mantuvo dos enmiendas que resultaron aprobadas por 192 votos a favor, 2 en contra y 126 abstenciones y 320 votos a favor y 1 en contra, respectivamente.

⁸⁸ Por 192 votos a favor y 129 abstenciones.

⁸⁹ Quienes mantuvieron las enmiendas nº 400, la 431 y la 443 que se votaron en dos momentos distintos abarcando la primera votación la nº 400 y la 431 y en un segundo momento, la nº 443, resultando aprobadas por 191 votos a favor y 129 abstenciones y 320 votos a favor y 1 abstención respectivamente.

⁹⁰ Con 30 votos a favor, 162 en contra y 129 abstenciones.

⁹¹ Por 22 votos a favor, 171 en contra y 128 abstenciones.

⁹² Por 132 votos a favor, 186 en contra y 3 abstenciones.

⁹³ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Año 2004, VIII Legislatura, nº 24, celebrada el jueves 2 de diciembre de 2004, págs. 1113 y ss.

que se emitieron. Después de su aprobación se publicó en el BOE el día 29 de diciembre de 2004 con una *vacatio legis* de 30 días con carácter general y de 6 meses para los artículos referentes a la tutela penal y judicial.

1.3 Precedentes resueltos por el Tribunal Constitucional

Antes de la entrada en vigor de la LIVG se produjo la modificación, entre otros preceptos, del art. 153 del CP, mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre⁹⁴, que pretendió dar una respuesta eficaz frente a los hechos de los maltratadores que si bien no causaban lesiones graves en sus víctimas, provocaban una convivencia familiar imposible.

La modificación operada introdujo el castigo, como delito, de las lesiones de carácter leve, quedando redactado el mismo en los términos siguientes:

“El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear a o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

El ámbito de penalidad del mismo quedó fijado del modo siguiente:

- Prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y,
- Privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años

⁹⁴ Cuyo artículo 1º modificó el CP y afectó a los artículos: 23, 66, apartados 1, 2 y 3 del artículo 89, 108, 147, 149, 153, 173, 188, 234, 244, 318, 318 bis, 515 y derogó el último párrafo del apartado 2º del artículo 617 del CP.

- Además, cuando el Juez o Tribunal lo considere adecuado podrá imponer también la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Igualmente, se introdujo un subtipo agravado:

- Cuando el delito se perpetre en presencia de menores
- O utilizando armas
- O tenga lugar en el domicilio de la víctima
- O se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Con ello se observa cómo supuestos que antes estaban sancionados con pena de arresto o de multa, ven ahora castigada su realización con penas incluso de prisión, aunque la misma no resulta de imposición obligatoria sino que es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, lo que resulta muy importante a la hora de analizar la proporcionalidad de la misma. Dicha modificación produce la desaparición de las faltas en las conductas de esta naturaleza.

Las anteriores bases son las que se sometieron al TC al plantearse una cuestión de inconstitucionalidad⁹⁵ por dos Juzgados de la Comunidad Valenciana, el TC se pronunció al respecto mediante autos nº 233/2004, de 7 de junio, cuestión de inconstitucionalidad nº 458/04 y nº 332/2005, de 13 de septiembre, sobre cuestión de inconstitucionalidad nº 4570/2004, que paso a analizar.

⁹⁵ El ATC nº 367/2003, de 13 de noviembre, EDJ 2003/241728, FJ 4, considera la misma como “un instrumento procesal que permite la colaboración entre órganos judiciales y jurisdicción constitucional para cumplir el mandato de asegurar la supremacía de la Constitución mediante la depuración del ordenamiento jurídico a través de la expulsión de éste de las normas con fuerza de ley contrarias a aquella...”, entre otros. En el ATC (Pleno) nº 136/2006, de 4 de abril, EDJ 2006/71049, FJ 3º, se dice por el Alto Tribunal que “...la cuestión de inconstitucionalidad es un mecanismo de control concreto de constitucionalidad y que tiene que versar sobre un precepto legal concreto de cuya aplicación dependa el fallo que hayan de pronunciar los órganos judiciales...”.

1.3.1 Auto del Pleno del Tribunal Constitucional nº 233/2004, de 7 de junio⁹⁶

Este auto del TC (ATC) deriva, como ya he mencionado, del escrito presentado por el Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 1 de San Vicente del Raspeig por el que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el art. 153 del CP, en su redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, por su posible contradicción con el principio de proporcionalidad sancionadora penal prevista en el art. 25.1 y 2 de la CE, en relación con los arts. 17.1, 1.1, 9.3, 24.2 y 53 de la CE, pues, según el mismo, es discutible que una bofetada sin que existan antecedentes de malos tratos y sin que haya causado lesiones sea suficiente para imponer una pena de 9 meses de prisión y se cuestiona, además, la derogación de las faltas de malos tratos que estaban previstas en los arts. 617 y 620 del CP.

El Juez considera que existen medios alternativos suficientes, aunque no especifica cuáles son estos, para conseguir la misma finalidad que la buscada por el legislador al castigar dichas conductas y entiende desproporcionada la pena de prisión prevista para el delito de malos tratos en el ámbito familiar cuando el mismo se produce en el domicilio común, en el de la víctima o este tenga lugar en presencia de menores, obviando que si el mismo admite la existencia de medios alternativos a la pena de prisión, debería acudir a los mismos para adecuar la pena al hecho cometido en el caso concreto.

La cuestión fue respaldada por el letrado del acusado a pesar de que éste último reconoció los hechos en su presencia y mostró su conformidad con la pena pedida por el Ministerio Fiscal.

La cuestión se planteó con la oposición expresa del Ministerio Fiscal, quien acusó al denunciado de propinar un guantazo a su pareja sentimental, en presencia de las dos hijas de ésta y de causarle lesiones que tardaron en curar un día, calificando los hechos como constitutivos de un delito de maltrato del art. 153 del CP, solicitando por ello, una pena de 9 meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un período de dos años.

⁹⁶ ATC (Pleno) nº 233/2004, de 7 de junio, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad nº 458/2004, EDJ 2004/115623.

La Fiscalía General del Estado sostuvo que la cuestión planteada debía ser inadmitida por ser notoriamente infundada, remitiéndose fundamentalmente a la doctrina constitucional respecto del principio de proporcionalidad recogida, entre otras, en la STC n° 136/1999, de 20 de julio⁹⁷, apuntando además, que el precepto cuestionado requiere ser analizado desde la óptica de los bienes jurídicos tutelados por la norma y de los fines mediatos e inmediatos de protección de la misma.

Para el Fiscal General del Estado, la comparación que efectúa el Juez planteante entre la legislación anterior y la actualmente en vigor no puede servir de argumento para sostener la desproporción de la sanción, pues es el legislador quien diseña el modelo de política criminal, quien fija el modelo de convivencia social y determina qué comportamientos atentan contra dicho modelo y las penas que corresponden a los mismos. Señala también que la decisión del legislador de considerar delictivo cualquier comportamiento producido en el seno de la violencia doméstica o de género no se aparta de los valores tutelados sino persigue una mayor protección de los mismos, en atención a la gravedad del problema de la delincuencia tratada y a que el agravamiento de la respuesta penal tiene una amplia tradición en nuestro país.

El Alto Tribunal para determinar la viabilidad de la cuestión planteada trae a colación, en el Fundamento de Derecho Tercero, la doctrina constitucional del principio de proporcionalidad de las penas⁹⁸ manifestando que:

El principio de proporcionalidad no se puede citar de forma aislada e independiente de otros principios constitucionales pues si se alega la existencia de desproporción debe manifestarse en qué medida afecta la misma al contenido de otros preceptos constitucionales⁹⁹.

El juicio de proporcionalidad en materia penal debe partir de la potestad que corresponde al legislador de determinar los bienes jurídicos protegidos, las conductas punibles, la cuantía de la sanción penal y la proporción entre el comportamiento

⁹⁷ STC n° 136/1999, de 20 de julio, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1999/14094, en cuyo fundamento jurídico 23.

⁹⁸ Representada fundamentalmente por las STC 55/1996, de 8 de marzo (fundamentos jurídicos 6 a 9), EDJ 1996/976; STC 161/1997, de 2 de octubre (fundamentos jurídicos 8 a 13), EDJ 1997/5477 y, sobre todo, la ya mencionada, STC 136/1999, de 20 de julio (fundamentos jurídicos 22 a 30), EDJ 1999/14094.

⁹⁹ El TC tiene declarado en las sentencias arriba referenciadas que el marco de aplicación del principio de proporcionalidad son los derechos fundamentales.

penalmente típico y la sanción a imponer. Por lo tanto, se puede deducir que la relación de proporcionalidad vendrá dada no sólo por la necesidad de protección, al que responde la norma y que corresponde al fin esencial de protección que se persigue con la misma, sino también por los demás fines legítimos que se puedan incluir dentro de su ámbito de protección; es decir, tanto al fin mediato como inmediato objeto de protección.

Además, el TC manifiesta en el Fundamento de Derecho Tercero que “cabe afirmar la proporcionalidad de una sanción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución...y sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesaria, cuando a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha considerado necesarias para alcanzar los fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”.

Según el TC el órgano judicial plantea la inconstitucionalidad de la norma porque prevé penas de prisión para determinadas conductas delictivas a pesar de que existen medios alternativos suficientes y de menor intensidad para conseguir la misma finalidad que la buscada por el legislador al castigar dichas conductas. En este punto, el TC se encarga de recordar al órgano proponente que el control de constitucionalidad que le corresponde es bastante limitado y sólo podría prosperar cuando las otras medidas alternativas sean de *menor intensidad coactiva y de una funcionalidad similar*.

El auto que plantea la cuestión olvida recoger cuáles podrían ser esas otras penas que podrían cumplir con estos requisitos y sustituir a la pena privativa de libertad que el órgano judicial considera desproporcionada.

Por último y respecto a la consideración de desproporcionada de la pena de prisión prevista para el delito de malos tratos en el ámbito familiar cuando el mismo se produce en el domicilio común, en el de la víctima o este tenga lugar en presencia de menores, el TC sostiene que el auto que plantea la cuestión no razona en qué medida es desproporcionada la pena impuesta y, por otro, pone de manifiesto la existencia de una

alternativa a la pena de prisión: la pena de trabajos en beneficio de la comunidad por lo que la pena de prisión en ningún caso será de imposición obligatoria.

La cuestión planteada fue considerada en su totalidad “notoriamente infundada” aunque el propio Tribunal¹⁰⁰ matiza que dicha expresión “*encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar al Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad*”¹⁰¹ y por tanto, un simple examen preliminar de la cuestión planteada puede permitir determinar la falta de viabilidad en la fundamentación de la misma.

1.3.1.1 Posición doctrinal y crítica personal

Con ocasión del análisis del presente auto, MAGRO SERVET¹⁰² apoya la posición de la Fiscalía General del Estado que avala la inclusión, en el art. 153 del CP, de hechos que, con anterioridad, revestían el carácter de falta en los arts. 617 y 620 del CP, ante la situación de violencia que sufren las mujeres y que, en muchas ocasiones, se ve acrecentado por la intimidad del hogar familiar.

Según el autor anteriormente citado, el TC con este auto, no sólo está legitimando la reforma cuestionada por la Ley 11/2003, sino que la misma es reforzada *ante la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente ante dicho fenómeno y, por consiguiente, de la insuficiente protección conferida a las víctimas*¹⁰³, poniendo el acento en la necesidad de adecuar las penas a este grave problema.

A LAURENZO CAPELLO¹⁰⁴ no le parece adecuado hablar de *desproporción desmedida, irracionalidad patente o arbitrariedad inocuizadora* al tratarse de tipos

¹⁰⁰ La doctrina constitucional sobre qué se entiende por notoriamente infundada una cuestión de inconstitucionalidad planteada queda plasmada en ATC nº 165/2001, de 19 de junio, EDJ 2001/15768, ATC nº 194/2001, de 4 de julio, EDJ 2001/90964 y ATC nº 76/2004, de 9 de marzo, EDJ 2004/267399, entre otros.

¹⁰¹ ATC (Pleno) nº 233/2004, de 7 de junio, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad nº 458/2004, EDJ 2004/115623, F.J. nº 2.

¹⁰² MAGRO SERVET, V., “El auto del TC 233/2004, de 7 de junio y la constitucionalidad del art. 153 del Código Penal y la Ley 11/2003, de 29 de septiembre”, *La Ley*, año XXV, nº 6088, 2004.

¹⁰³ Como señala el fundamento de derecho 7º del auto estudiado.

¹⁰⁴ LAURENZO CAPELLO, P., “Violencia de género y derecho penal de excepción: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007, pág. 68 y ss.

delictivos que prevén penas de hasta un año de prisión, que prevén sanciones alternativas a dichas penas de prisión, que contemplan la posibilidad de ser castigadas con penas inferiores en grado en atención a las circunstancias del caso y del autor del hecho, que admiten, en atención al leve trato punitivo, la suspensión y sustitución de la pena impuesta y, por último, admiten un tratamiento resocialización del maltratador.

LARRAURI PIJOAN¹⁰⁵ entiende que a pesar del planteamiento de las dos cuestiones de inconstitucionalidad resueltas por el TC a través de los AATC n° 233/2004, de 7 de junio y n° 332/2005, de 13 de septiembre, en las que no apreció una desproporción patente, excesiva o irrazonable, existió un consenso en la apreciación de la mayor gravedad de los delitos de maltrato doméstico y en la necesidad de la agravación de las penas, circunstancia que no se dio, sin embargo, cuando se introdujo la LO 1/2004, de 28 de diciembre al contemplar distinta penalidad en función del género de las víctimas de violencia doméstica.

Desde mi punto de vista, el auto del TC analizado resulta más que adecuado si se tiene en cuenta la problemática social que motivó la modificación operada en el art. 153 del CP a través de la LO 11/2003. No entiendo que quepa hablar de desproporción en la pena prevista en el art. 153 del CP al admitirse penas alternativas a la privación de libertad junto con la posibilidad de graduar la pena según el propio art. 153 cuestionado. No hay que olvidar además, que la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta alcanza, como máximo, tan solo el año de duración, por lo que, permite gran graduación fuera de los casos en los que deba imponerse la pena en su mitad superior por resultar aplicables conductas agravadas, como por ejemplo, las del art. 153.1 y 3 del CP, en donde la pena privativa de libertad mínima a imponer será de siete meses y dieciséis días¹⁰⁶.

El TC con esta resolución otorga soporte constitucional a una modificación legal y sienta un precedente para las posteriores cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearan con ocasión de la LO 1/2004, de 28 de diciembre que, como veremos,

¹⁰⁵ LARRAURI PIJOAN, E., “El género de la violencia: La visión de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género”, en <http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/130747/180492>, última visita 17 de abril de 2015, Proyecto de Investigación SEJ2005-08955-C02-01/JURI, pág. 161.

¹⁰⁶ La horquilla punitiva abarca desde tres meses a un año de prisión, por lo que si en los casos agravados se contempla la pena en su mitad superior, ese será el mínimo previsto en la ley hasta la aprobación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre pues con esta, será de nueve meses y un día.

también se fundaron, entre otros motivos, en atentar al principio de proporcionalidad sancionadora.

Cuando se alega la desproporción de la pena de prisión prevista en el art. 153 del CP impugnado no se menciona por el órgano judicial proponente qué otra medida alternativa a la privativa de libertad resultaría más adecuada, de menor intensidad y de funcionalidad similar, teniendo en cuenta que ya el propio CP contempla como pena alternativa a imponer, la de trabajos en beneficio de la comunidad, por tanto, la pena privativa de libertad no es una pena que se deba apreciar sí o sí.

Cuando se alega por el órgano judicial la desproporción sancionadora no se habla tampoco de la importancia de los bienes jurídicos que se pretende amparar con la misma, lo cual supone una omisión reprochable pues el castigo a imponer siempre debe ser proporcional y estar en relación con el bien jurídico protegido. El propio TC señala en el auto estudiado en el último fundamento de derecho que *el juicio estricto de proporcionalidad...es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir (...) y la gravedad de la pena que se impone (...)*. Si no se realiza este juicio de valor no se puede llegar a la conclusión de que la pena a imponer es excesiva pues siempre dependerá de lo que se pretenda conseguir con la misma y de los intereses en juego, representados en este caso, por los beneficios que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales.

En mi opinión, cuando el Juez planteó la cuestión de inconstitucionalidad por considerar que la pena a imponer resultaba excesiva o desproporcionada al caso concreto lo hizo de forma precipitada, llevado quizás por el calor del momento y sin plantearse siquiera no admitir la conformidad que se le propuso por el Ministerio Fiscal y el letrado del acusado al amparo del art. 787 de la LECrim, habida cuenta, el posterior pronunciamiento del TC y el razonamiento del mismo ante los motivos alegados por el órgano proponente.

Por último me gustaría resaltar la postura incongruente del letrado del acusado quien si bien en un primer momento aceptó la imposición para su cliente de la pena privativa de libertad de conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal, posteriormente se pronunció a favor de plantear la cuestión de inconstitucionalidad tras ser requerido de informe por el órgano judicial quizás con la esperanza de que el texto fuera declarado inconstitucional.

1.3.2 Auto del Pleno del Tribunal Constitucional nº 332/2005, de 13 de septiembre¹⁰⁷

Otro de los precedentes resueltos por el TC frente al art. 153 del CP, antes de la LIVG, fue promovido por el Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Penal nº 12 de Valencia, por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9.3, 10, 14 y 25 de la CE, al entender que castiga conductas leves, antes tipificadas como faltas, con una desproporción manifiesta y contraria a los principios de legalidad, en su aspecto de proporcionalidad de las penas, y de igualdad, al tratar, de forma muy distinta, hechos delictivos que se cometen en el ámbito familiar.

Para el Magistrado proponente la duda sobre la constitucionalidad del precepto se basa en que la agravación de la conducta se fundamenta por la cualidad del sujeto pasivo, mientras que la misma agresión cometida fuera de las relaciones familiares sigue castigándose como falta.

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del art. 153 del CP y solicitó, entre otras, pena de 8 meses de prisión pues entendió probado que el acusado, que no reconoció los hechos, golpeó e insultó a su mujer, en el domicilio común, causándole lesiones leves que no precisaron tratamiento médico o quirúrgico.

Para el Ministerio Fiscal, que no respaldó el planteamiento de la cuestión, el supuesto de hecho del que parte el precepto cuestionado, hace referencia a unas relaciones familiares y afectivas que justifican la diferencia de trato y la mayor sanción prevista, sin que ello infrinja el art. 14 de la CE. Respecto la vulneración del principio de proporcionalidad, entiende el Ministerio Público que la norma penal es idónea para evitar las conductas que se tipifican e intentar superar el fracaso de la regulación anterior que castigaba las mismas como faltas, y para prevenir su frecuente comisión sin que quepa apreciarse un desequilibrio patente, excesivo e irrazonable.

El Fiscal General del Estado interesó la inadmisión de la cuestión por resultar notoriamente infundada recordando, a su vez, el ATC nº 233/2004, de 7 de junio, anteriormente estudiado, y las alegaciones efectuadas en el mismo.

¹⁰⁷ ATC (Pleno) nº 332/2005, de 13 de Septiembre, resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad nº 4570/2004, EDJ 2005/131155.

El Tribunal Constitucional inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada al considerarla notoriamente infundada basándose y remitiéndose a los mismos fundamentos que los ya utilizados para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por ATC nº 233/2004, de 7 de junio.

En el Fundamento de Derecho Quinto se señala, para justificar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, que la relevancia social, la entidad constitucional de los bienes jurídicos tutelados en el art. 153 del CP y la idoneidad de las sanciones en él previstas, unido a la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva, pero igualmente efectivas para conseguir el fin deseado por el legislador, determina que la tipificación de dichas conductas no vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta, teniendo en cuenta además la alternativa punitiva que se prevé en el mismo, al castigarse no sólo con pena de prisión sino también con la de trabajos en beneficio de la comunidad.

1.3.2.1 Posición doctrinal y crítica personal

Desde un punto de vista doctrinal, para GONZÁLEZ CUSSAC¹⁰⁸ el TC tras estos dos autos no zanja de manera definitiva la cuestión pues, según él, existen dudas sobre la constitucionalidad de la LO 1/2004, de 28 de diciembre como lo prueba el número considerable de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas al TC y llega al punto de hablar incluso de “populismo punitivo” para referirse a las modificaciones cada vez más severas que se efectúa en el Código Penal, y que llega a concebir al “ciudadano-delincuente” como a un auténtico enemigo.

LAURENZO COPELLO¹⁰⁹, al estudiar ambos autos del TC y preguntarse sobre la necesidad de incrementar la respuesta punitiva en los delitos relacionados con la violencia doméstica, llegó a la conclusión de que si bien es cierto que con anterioridad a la reforma existía una percepción social de escasa respuesta punitiva y de insuficiente protección a las víctimas, el legislador en lugar de ahondar en la búsqueda de las causas

¹⁰⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad” en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007, págs. 474 a la 483.

¹⁰⁹ LAURENZO COPELLO, P., “Violencia de género y derecho...”, ob.cit., págs. 43 y 44.

del fracaso del anterior modelo cayó en un “populismo normativo” traducido en un endurecimiento de las penas que buscaba tan solo transmitir una sensación falsa de seguridad frente al delito.

RUBIDO DE LA TORRE¹¹⁰ en su análisis conjunto de ambos autos del TC considera que la sanción resulta idónea para contribuir a erradicar la violencia de género admitiéndose por el TC la oportunidad de imponer la pena de trabajos en beneficio de la comunidad cuando la prisión resulte desproporcionada al hecho cometido.

Desde un punto de vista personal entiendo que, aunque ambos autos consideran proporcionada la pena de prisión prevista en el art. 153 del CP, al no apreciar un “desequilibrio patente, excesivo o irrazonable”, la terminología empleada por el Alto Tribunal lleva a pensar a que de facto sí se produce, aunque no sea de una entidad notoria, por lo que, para defender contundentemente la pena de prisión cuestionada, debió haber explicado con más profundidad qué la hubiera hecho desproporcionada, ahondando aún más el análisis de la misma. La remisión al ATC nº 233/2004, de 7 de junio deja el análisis de la cuestión presente algo superfluo e incompleto.

Por otra parte, se echa en falta un estudio más profundo de las cuestiones planteadas pues la remisión que realiza a la fundamentación del auto 233/2004, de 7 de junio no es suficiente. Lo anterior no constituye una cuestión baladí si se tienen en cuenta las numerosas cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearon posteriormente por órganos judiciales de toda España¹¹¹, muchas de las cuales fueron admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional y a las que el mismo debe dar respuesta.

¹¹⁰ RUBIDO DE LA TORRE, J.L., “Breves apuntes del ajuste de constitucionalidad (penal) de la Ley Integral 1/2004, de 28 de diciembre de Violencia sobre la Mujer”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 61 nº 2049, 2007, págs. 10 a 12.

¹¹¹ Véase a tal efecto RUBIDO DE LA TORRE, J.L., *Ley de Violencia de Género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 81 y ss en donde se recoge un cuadro con todas las cuestiones de inconstitucionalidad admitidas por el TC durante los años 2005 y 2006, 85 en total, y también de las no admitidas a trámite durante el año 2006, 7 en total, de las que tres lo fueron por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Las Palmas (mediante autos nº 13/2006, de 17 de enero; 14/2006, de 17 de enero; 15/2006 de 17 de enero y 133/2006, de 4 de abril), otra por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Calatayud (mediante auto nº 134/2006, de 4 de abril) y dos por el Juzgado de Instrucción nº 24 de Madrid (mediante autos nº 135/2006, de 4 de abril y 136/2006, de 4 de abril).

A pesar de la similitudes apreciadas entre ambas cuestiones de inconstitucionalidad hay que poner de manifiesto¹¹² que existen también diferencias en el fundamento de ambas pues si bien, en la resuelta mediante el ATC nº 233/2004, de 13 de septiembre se planteaba por el órgano judicial proponente al cuestionarse la necesidad y la proporcionalidad de la pena privativa de libertad prevista en el art. 153 del CP para el castigo de conductas que, con anterioridad, eran constitutivas falta; en la presente no se establecen diferencias entre ambas modalidades típicas, cuestionándose, tan sólo, en rasgos generales la proporcionalidad sancionadora de la norma impugnada aunque el propio TC mencione, de forma expresa, que la respuesta en ambas cuestiones debe ser la misma.

1.4 Cuestiones de inconstitucionalidad inadmitidas a trámite por el Tribunal Constitucional

Tras la promulgación de la LIVG se plantearon numerosas cuestiones de inconstitucionalidad que fueron desestimadas por motivos meramente formales¹¹³; por lo que el TC no se pronunció sobre el fondo de las mismas. De entre todas las presentadas, vamos a analizar las planteadas por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria en atención al número considerable de cuestiones presentadas por el mismo.

1.4.1 Autos del Tribunal Constitucional nº 13 a 15/2006, de 17 de enero¹¹⁴

Estas cuestiones, como ya he adelantado, fueron planteadas por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria¹¹⁵ pues entendía que los artículos 37, 38 y 39 de la LIVG eran contrarios al art. 14 de la CE, por dispensar un trato punitivo diferente

¹¹² Como ya señala el propio auto estudiado en su Fundamento de Derecho 3º.

¹¹³ Para ver un examen de las mismas se puede acudir a RUBIDO DE LA TORRE, J.L. “Cuestiones de...”, ob. cit., págs. 81 y ss y también a RUBIDO DE LA TORRE, J.L. “Breves apuntes del ajuste de...”, ob. cit., págs. 4199 a 4219.

¹¹⁴ ATC nº 13/2006, de 17 de enero de 2006, EDJ 2006/5568; ATC nº 14/2006, de 17 de enero de 2006, EDJ 2006/5569 y ATC nº 15/2006, de 17 de enero, EDJ 2006/5570.

¹¹⁵ En el auto que eleva la cuestión al TC se señala por el órgano judicial proponente que “...la Ley de Violencia de Género vulnera no sólo la CE sino todos los convenios y pactos internacionales suscritos por nuestro país, para la protección de los derechos fundamentales, de los derechos humanos, civiles y políticos...”.

a hombres y a mujeres¹¹⁶, por lo que elevó la cuestión “contra la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en sus artículos 37, 38, 39 y 44... ”.

El **Ministerio Público** se opuso al planteamiento de la cuestión al no compartir las razones expuestas por el órgano proponente y observar defectos formales¹¹⁷, que según el Fiscal General del Estado¹¹⁸, impedían su admisión¹¹⁹, entre ellos, los relativos

¹¹⁶ Según el Magistrado proponente “...sobran razones para declarar inconstitucional la ley, sobre todo, si atendemos a que la igualdad es un derecho fundamental...el Derecho Penal está para regular las relaciones entre personas, sin distinción de raza, sexo, nación o religión, ya que hoy la diferencia de sexo ni siquiera hace a la familia...la protección penal que dispensa la Ley es diferente para quien sea mujer, por el hecho de ser mujer y siempre que el agresor sea un hombre, pues el artículo 44 de la Ley crea los llamados Juzgados de Violencia Doméstica... pero no existe esa especial protección para los delitos cometidos por mujer contra hombre o por hombre contra hombre, cuando víctima y agresor estén unidos por vínculo matrimonial o por relación de análoga afectividad a la conyugal. La discriminación que se produce es absoluta no sólo al dispensarse por la Ley una diferente sanción penal por razón de sexo, sino al consagrarse por la misma un verdadero Tribunal de excepción, el Juzgado de Violencia Doméstica, proscrito, como sabemos por la Constitución...”.

¹¹⁷ Según el art. 35 de la LO 3/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional, en el traslado a las partes debe indicar el precepto o preceptos de la norma con rango legal cuya constitucionalidad se discute, las normas constitucionales de contraste y el modo en que la decisión del proceso afectado depende de la validez del precepto o preceptos legales en cuestión.

¹¹⁸ Tras una pormenorizada exposición de los antecedentes procesales y traer a colación la doctrina constitucional del juicio de relevancia determinante de la admisión a trámite de las cuestiones de inconstitucionalidad representada por la STC 67/2002 de 21 de marzo, (fundamento de derecho 2º), EDJ 2002/6751, entre otras, en la que en su Fundamento de Derecho 2º se recoge que: “...Existe ya una reiterada doctrina de este Tribunal acerca del alcance del denominado juicio de relevancia, determinante de la admisión a trámite de las cuestiones de inconstitucionalidad (art. 37.1 LOTC). Al efecto hemos venido manteniendo un criterio flexible de las previsiones de la LOTC, lo que se justifica por la conveniencia de que las cuestiones planteadas por los órganos judiciales encuentren, siempre que sea posible, solución por sentencia con el objeto de contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico de preceptos presuntamente inconstitucionales, extendiendo así la fuerza vinculante de la Constitución gracias a la cooperación entre los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional. En este sentido hemos declarado también que es a los Jueces y Tribunales ordinarios que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad a quienes, en principio, corresponde comprobar y exteriorizar la existencia del llamado juicio de relevancia, de modo que el Tribunal Constitucional no puede invadir ámbitos que, primera y principalmente, corresponden a aquéllos, adentrándose a sustituir o rectificar el criterio de los órganos judiciales proponentes, salvo en los supuestos en que “de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos se desprenda que no existe nexo causal entre la validez de los preceptos legales cuestionados y la decisión a adoptar en el proceso a quo, ya que en tales casos sólo mediante la revisión del juicio de relevancia es posible garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad y evitar que los órganos judiciales puedan transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades que este Tribunal tiene para excluir del ordenamiento las normas inconstitucionales” (SSTC 189/1991, de 3 de octubre, fundamento de derecho 2º; 337/1994, de 23 de diciembre, fundamento de derecho 4º; 174/1998, de 23 de julio, fundamento de derecho 1º; 203/1998, de 15 de octubre, fundamento de derecho 2º; ATC 14/1993, de 19 de enero). Complementariamente debemos tener en cuenta, asimismo, que “no es preciso ni pertinente que, correspondiendo al órgano judicial en el ejercicio de la función que constitucionalmente le corresponde (art. 117.3 CE) interpretar los requisitos ordenadores de los procesos propios de su jurisdicción, este Tribunal Constitucional, con la excusa de constatar el carácter de norma decidenti de la norma legal cuestionada, se adentre a sustituir o modificar el criterio del órgano judicial proponente que, aun pudiendo ser discutible, no resulta irrazonable o radicalmente infundado. De este modo -se concluye-, siendo claro que la negación

a la formulación del juicio de relevancia¹²⁰, con clara inobservancia del art. 35.2 de la LOTC¹²¹, pues debería haber concretado los preceptos de la LIVG que consideraba de dudosa constitucionalidad, los artículos de la CE supuestamente vulnerados y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de los preceptos de la LIVG señalados como inconstitucionales por el mismo.

El **Tribunal Constitucional** acogió la tesis del Fiscal General del Estado e inadmitió a trámite las tres cuestiones de inconstitucionalidad. Según el TC, el órgano judicial debió haber velado porque las partes fueran correctamente oídas¹²² a través de una formulación adecuada del juicio de relevancia que debió haber practicado, sin el cual no es posible determinar el nexo entre la validez de los preceptos alegados y el fallo del asunto (juicio de aplicabilidad) salvo en aquellos supuestos en los que sin necesidad de examinar el fondo de la cuestión se advierta por el propio Tribunal la ausencia de ese nexo causal¹²³.

de la aplicabilidad de los preceptos legales cuestionados sólo sería posible mediando una interpretación de este Tribunal de signo contrario a la mantenida por el órgano judicial proponente y que esta interpretación, que no necesariamente es la única posible y ajustada a Derecho, sólo al órgano judicial compete en principio efectuarla, debe concluirse que no es apreciable la inexistencia de juicio de relevancia, pues, no siendo rechazable a limine la tesis de la aplicabilidad de los preceptos legales cuestionados, la inconstitucionalidad, en su caso, de éstos tendría incidencia en la resolución del recurso" (STC 203/1998, de 15 de octubre, fundamento de derecho 2º; ATC 14/1993, de 19 de enero)...".

¹¹⁹ De conformidad con la doctrina plasmada en el ATC nº 118/2005, de 15 de marzo, fundamento de derecho 2º, EDJ 2005/171222.

¹²⁰ Hay que señalar que en el caso del ATC nº 15/2006, de 17 de enero el Fiscal General del Estado informa en el sentido de que “en el auto de 15 de septiembre de 2005 por el que se acuerda plantear la cuestión, se omite toda justificación acerca de que la decisión del proceso dependa de la validez de ninguno de tales artículos, que con extensión se cuestionan, y tal ausencia de conexión entre el fallo y los preceptos cuestionados resulta palmaria a juicio del Fiscal General del Estado, pues tratándose de una causa penal en la que ninguna de las partes procesales ha formulado, es claro, por la ineludible aplicación del principio acusatorio, recogido en el art. 24.2 CE, que el fallo no puede ser otro que la absolución, por lo que de manera alguna podrán aplicarse ninguno de los preceptos penales o de organización de los Tribunales que se cuestionan...”.

¹²¹ Según el cual: “El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva...”.

¹²² En este punto se remite al ATC nº 29/2005, de 5 de julio, fundamento de derecho 3º, EDJ 2005/171248.

¹²³ Fundamento de Derecho nº 3 del ATC (Pleno) nº 15/2006, de 17 de enero, EDJ 2006/5570 que se remite a su vez a la STC nº 139/2005, de 26 de mayo, fundamento de derecho 5º, EDJ 2005/71061, que recoge igualmente la doctrina señalada del TC plasmada entre otras en las STC nº 67/2002, de 21 de marzo, fundamento de derecho 2º, EDJ 2002/6751; STC nº 63/2003, de 27 de marzo, fundamento de derecho 2º, EDJ 2003/6161, y STC nº 255/2004, de 23 de diciembre, fundamento de derecho 2º,

1.4.1.1 Posición doctrinal y crítica personal

Desde el punto de vista doctrinal, en atención a los problemas de forma que determinaron la inadmisión de las tres cuestiones de inconstitucionalidad, TORRES DEL MORAL¹²⁴ señala que el Juez no puede limitarse a citar los preceptos dudosos sino que debe razonar suficientemente las dudas de constitucionalidad que le surgen sobre dichos preceptos, así como la imposibilidad de salvar dicha constitucionalidad por vía interpretativa.

Para RUBIDO DE LA TORRE¹²⁵ las cuestiones planteadas anticipan una posible infracción del principio de igualdad pues el ordenamiento jurídico no puede

EDJ 2004/196995. Mientras que en los ATC nº 13/2006, de 17 de enero, EDJ 2006/5568 y ATC nº 14/2006, de 17 de enero, EDJ 2006/5569 se señala por el TC “la total ausencia en el Auto de planteamiento del más elemental juicio de aplicabilidad de los arts. 37 y 39 de la mencionada Ley Orgánica, en los que se modifica la tipificación penal de los malos tratos y de las coacciones, ilícitos ajenos al objeto del proceso penal a quo...y en el que tampoco se recoge razonamiento alguno sobre la aplicabilidad y relevancia para el caso sometido al conocimiento del órgano judicial promotor de la cuestión del art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, por el que se procede a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, nueva categoría de órganos judiciales en la que no se integra el Juzgado de lo Penal nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria...” (y que provoca la inadmisión a limine de las cuestiones de inconstitucional planteadas por el órgano judicial), en el ATC (Pleno) nº 15/2006, de 17 de enero, EDJ 2006/5570 se critica por el TC que el órgano judicial promotor de la cuestión “no justifique la aplicabilidad al caso de unos preceptos tipificadores de ilícitos penales (arts. 37, 38 y 39 de la Ley Orgánica 1/2004) y de contenido organizativo (art. 44) a un proceso penal en el que no media acusación”, añadiendo que “En efecto, según se constata en la lectura del acta de juicio oral- y así lo recordó el letrado de la acusación particular en el trámite previo al planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad-, al comienzo de dicho acto ambas partes retiraron las respectivas acusaciones, retirada frente a la que nada opuso el Ministerio Fiscal, que en ningún momento había formulado acusación. A la vista de las circunstancias concurrentes en este caso parece pertinente reiterar, una vez más que “la cuestión de inconstitucionalidad, conforme a los arts. 163 CE, es un delicado instrumento jurídico que se ofrece a los órganos judiciales para conciliar su deber de respeto a la legalidad y la primacía de la Constitución, por lo que sólo debe ser utilizada cuando de la validez constitucional de la norma legal cuestionada y, claro está, del pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la cuestión, dependa el fallo en el concreto proceso de que se trate” (por todos, ATC 296/1992, de 14 de octubre). Ateniéndonos a esta caracterización de la cuestión de inconstitucionalidad debemos advertir que su uso no debe mermar el respeto a los principios constitucionales que informan el proceso penal, entre los que figura el principio acusatorio (art. 24.2 CE). Sin necesidad de entrar en otro tipo de consideraciones procesales o de legalidad ordinaria, es lo cierto que la preservación de este principio acusatorio hubiera exigido que el órgano judicial aportase las razones en virtud de las cuales estima que la resolución de un proceso penal en el que ya no media acusación depende, inexorablemente, de la aplicación de unos preceptos legales en los que se tipifican conductas penales y se crean unos nuevos órganos jurisdiccionales, entre los que no figura el Juzgado de lo Penal nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria...”.

¹²⁴ TORRES DEL MORAL, A., Principios del Derecho Constitucional Español, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Tomo II, Madrid, 1992, pág. 436.

¹²⁵ RUBIDO DE LA TORRE, J.L., Ley de Violencia de Género. Ajuste de constitucionalidad en materia... ob cit., págs. 85 a 89.

dispensar una protección jurídica diferente según el sexo del sujeto pasivo, pues resulta discriminatorio.

En mi opinión es acertado el fallo del TC pues el Magistrado proponente no realizó de forma correcta el juicio de relevancia al limitarse tan sólo a dar trámite de audiencia a las partes sin ninguna precisión más y, aunque posteriormente en los autos que elevaban las cuestiones, desarrolla su planteamiento, no subsana los defectos advertidos.

1.4.2 Auto del Tribunal Constitucional nº 133/2006, de 4 de abril¹²⁶

En esta ocasión, el Juzgado de lo Penal nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria¹²⁷ planteó la cuestión al advertir la posible inconstitucionalidad de la totalidad de la LIVG, y en particular, de los arts. 148, 153, 171.4 y 5 y 172 del CP, en su redacción dada por la misma, por quebrantar el art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 14 de la CE y los principios de igualdad y de proporcionalidad.

El órgano proponente afirmó que la fuerte alarma social producida por los numerosos casos de violencia de género no debe llevar a legislar al albur de las elecciones sino que hay que ofrecer una respuesta desde la CE.

El Ministerio Fiscal se opuso al planteamiento de la cuestión al advertir defectos formales relacionados con el trámite de audiencia a las partes, el juicio de relevancia efectuado y la existencia de dudas razonables en relación a la contradicción de los preceptos señalados y la CE.

El Fiscal General del Estado advirtió, además, que la referencia de los preceptos cuestionados resultaba confusa, puesto que si bien en algún momento se alude al art. 171.4 del CP, en otras ocasiones se realizan consideraciones acerca de los arts. 148, 153 y 172 del CP y apeló al criterio seguido por el TC en los autos nº 13/2006 a nº 15/2006, de 17 de enero ya analizados¹²⁸.

¹²⁶ EDJ 2006/71046.

¹²⁷ Con entrada en el TC el 17 de octubre de 2005.

¹²⁸ Sobre este aspecto, el Fiscal General del Estado considera que el juicio de relevancia realizado por el órgano proponente respecto de los arts. 148, 153 y 172 del CP no tiene nada que ver con el delito de amenazas del art. 171.1 del CP sobre el que se estaban siguiendo las actuaciones y que idéntico problema

El Alto Tribunal inadmitió la cuestión planteada al apreciar, según recoge el fundamento de derecho 3º, no sólo los defectos advertidos por el Fiscal General del Estado sino también, que el Juez proponente privó a una de las partes de la facultad de formular alegaciones al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues no la notificó de forma correcta. Además, apreció falta de motivación en la relevancia y aplicabilidad del art. 44 de la LIVG.

1.4.2.1 Posición doctrinal y crítica personal

Con ocasión del análisis doctrinal de este auto, RUBIDO DE LA TORRE¹²⁹ recuerda que antes de elevar la cuestión de inconstitucionalidad el Juez debe dar traslado a las partes para que puedan conocer el conflicto apreciado y manifestar lo que consideren conveniente, sin que dicho traslado sea un mero trámite.

Entiendo acertada la decisión del TC de inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad. El juicio de relevancia exige que se determinen los preceptos de cuya constitucionalidad se duda, qué artículos de la CE se suponen infringidos y en qué medida la validez y constitucionalidad de los preceptos apuntados pueden hacer depender el sentido del fallo; la falta de concreción de dichos extremos hace que las partes queden huérfanas de la facultad de realizar las alegaciones a que se refiere el art. 35.2 de la LOTC y lo mismo ocurre si no se respetan los plazos legales para efectuar las mismas. La concreción de los extremos anteriores no debe darse nunca por supuestos pues son vinculantes para las partes a la hora de formular sus alegaciones.

1.4.3 Auto del Tribunal Constitucional nº 134/2006, de 4 de abril¹³⁰

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Calatayud promovió esta cuestión de inconstitucionalidad en plena fase de instrucción por una agresión mutua, tras dividir la continencia de la causa y estando conociendo sólo de los hechos constitutivos de violencia doméstica.

se suscitaba en relación al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 44 de la LIVG relativo a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

¹²⁹ RUBIDO DE LA TORRE, J.L., Ley de Violencia de Género. Ajuste de constitucionalidad en materia... ob cit., págs. 90 y 91.

¹³⁰ Acordado por el pleno del Alto Tribunal, EDJ 2006/71047.

Dicho Juzgado no concreta los artículos frente a los que interesa el planteamiento de la cuestión sino que se limita a “*requerir a las partes y al Ministerio Fiscal para que aleguen lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad...*”¹³¹.

Sobre el carácter extemporal del planteamiento, el órgano judicial apela a una interpretación flexible del TC¹³² para la admisión de la cuestión.

¹³¹ Dicho auto no cumple lo dispuesto en el art. 35.2 de la LOTC pues según doctrina reiterada del Alto Tribunal es necesario señalar los preceptos de la ley viciada presuntamente de inconstitucionalidad, los preceptos constitucionales vulnerados y la determinación de en qué medida pueden dichos preceptos afectar a la sentencia que está pendiente de dictarse y como se observa además de no precisarse lo anterior se deja abierta la posibilidad de plantear la cuestión “*a otros que pudieran resultar de aplicación al caso*” sin llegar a concretar siquiera a qué ley o leyes se puede referir. Dicha cuestión no es baladí si se tiene en cuenta lo dispuesto en la STC 166/1986, de 19 de diciembre, EDJ 1986/166, FJ 4, en la que se dice con respecto al trámite de audiencia que “*...el TC ha hecho hincapié en que su importancia no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde...*”. Se dice en la misma que “*...tal concepción es errónea puesto que dicho trámite tiene el doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es abrir un proceso de inconstitucionalidad y poner a disposición del Juez de un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso. Para poder cumplir con ese doble objetivo, las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal, según enseña la STC 21/1985, de 15 de febrero, habrán de versar fundamentalmente, por un lado, sobre la vinculación entre la norma citada por el Juez como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución y, de otro, sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución; ello requiere que la providencia que otorga la audiencia concrete los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración por aquéllos...*”.

¹³² No tiene razón el órgano judicial proponente al extraer la deducción recogida en el auto de planteamiento puesto que el TC no comparte la misma. Si acudimos, por ejemplo, a la STC nº 134/1997, de 18 de diciembre, EDJ 1997/9285, mencionada por el órgano judicial promotor para fundamentar el momento procesal elegido para plantear la cuestión y que recoge un supuesto sustancialmente igual al que estamos estudiando, en su fundamento de derecho segundo se señala que: “*No ocurre lo mismo en los casos en los que la cuestión se plantea en el trámite de admisión de la denuncia -cuestión núm. 2.755/96- o en el de incoación de diligencias previas -cuestión núm. 342/97-. En estos supuestos, no puede entenderse que se reúnan los requisitos procesales exigidos para plantear esta cuestión, por haberse presentado de forma prematura. Conviene señalar que aunque este Tribunal ha relativizado el concepto de “fallo”, y que, por tanto, ha admitido cuestiones respecto de resoluciones que en sentido estricto no le afectaban, no es posible aplicar esta doctrina a las cuestiones que ahora se analizan, ya que esta flexibilización siempre se ha producido respecto de resoluciones que bien eran definitivas o, siendo interlocutorias, la tramitación del procedimiento no iba a poder aportar ningún elemento nuevo en orden a determinar la incidencia de la norma cuestionada sobre el fallo que hubiere de dictarse ni sobre la legitimidad o ilegitimidad de la norma cuestionada (SSTC 76/1982, 186/1983, 55/1990, 186/1990, 76/1992, 110/1993 y ATC 147/1997). Pues no hay que olvidar que a través de este proceso pretende ejercerse un control concreto de constitucionalidad de la norma y, de ahí, la exigencia de que de la norma que se cuestiona dependa el fallo (AATC 946/1985, 60/1991; SSTC 17/1981, 106/1986 y 55/1990). Por esta razón, no resulta correcto entender, como sostienen los órganos judiciales que han planteado estas cuestiones, que el hecho de tener que aplicar este precepto legal para determinar si se admite o no la denuncia o para practicar las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza o circunstancia del hecho, constituye ya una aplicación de la norma que permite formular la cuestión de inconstitucionalidad. Pues basta reparar en que en este momento procesal todavía no es posible saber si la norma que se cuestiona es aquella de la que va a depender el fallo, ya que pudiera ocurrir que esta norma no llegara a aplicarse porque no se probaran los hechos denunciados, existiera otra norma penal*”.

Para el Ministerio Público la fase instructora en la que se hallaban las actuaciones no era el momento procesal adecuado para plantear la cuestión de inconstitucionalidad¹³³. El Fiscal General del Estado puso de manifiesto, además de lo anterior, que el órgano judicial proponente, al inhibirse del conocimiento de los hechos de violencia de género y continuar conociendo sólo de los hechos cometidos por la mujer, se quedó sin competencia para el enjuiciamiento de aquellos, y, por consiguiente, de la facultad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Además, añadió, que al no haberse formulado aún acusación, sólo era posible intuir las normas penales aplicables¹³⁴.

El TC apreció los defectos formales advertidos por el Ministerio Público y entendió que el momento procesal elegido por el órgano judicial para el planteamiento de la cuestión no era el adecuado¹³⁵, pues el proceso no estaba acabado y visto para sentencia. El Alto Tribunal indicó además, que no cabe admitir excepciones en este supuesto pues si bien es cierto que cabe una interpretación flexible de las normas procesales, mediante una visión finalista de las mismas, no se puede admitir en cambio en las normas sustantivas, pues se requiere de unas circunstancias excepcionales¹³⁶ que no concurren en el presente supuesto¹³⁷.

que desplazara aquella o, en fin, por cualquier otro motivo que impidiera la aplicación de la norma cuestionada". Por lo que ante un supuesto sustancialmente igual al presente se da la solución contraria a la pretendida por el órgano judicial proponente.

¹³³ Hay que recordar que para que se pueda plantear la cuestión de inconstitucionalidad es necesario que el procedimiento esté visto para dictar sentencia, cosa que aquí no ocurre.

¹³⁴ El Fiscal General del Estado utiliza los términos *virtualidad futurible* y *pura eventualidad*.

¹³⁵ En este punto el TC se remite al ATC n° 361/2004, de 21 de septiembre, EDJ 2004/267248 en la que se dice que "...debe inadmitirse la presente cuestión de inconstitucionalidad pues, efectivamente, no se ha planteado, como debía, en el momento adecuado porque, cuando la interpone, el órgano ya había aplicado la norma cuya constitucionalidad no podía dudar, pronunciándose de manera inequívoca sobre el objeto de la cuestión que ahora nos plantea, quebrantando con ello la verdadera finalidad de las cuestiones de inconstitucionalidad. En efecto, en la medida en que la cuestión de inconstitucionalidad tiene como finalidad la de suspender el procedimiento y esperar a la respuesta de este Tribunal para la aplicación de la norma, en el presente caso el órgano judicial ya la habría aplicado, con lo que carecería de sentido la duda que posteriormente le surge..."

¹³⁶ El TC sólo lo admite "...cuando la ulterior tramitación del proceso hasta sentencia no puede aportar ningún elemento adicional de juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal cuestionada ni sobre su efecto determinante del fallo, ni sobre su legitimidad constitucional, o cuando la propia norma tenga una incidencia anticipada e irreversible en el propio proceso en curso según se dice en el ATC 421/2003, de 16 de diciembre...", FJ 2, EDJ 2003/241781; ATC 420/2003, de 16 de diciembre, EDJ 2003/241789 y ATC n° 236/2002, de 26 de noviembre, FJ 4, EDJ 2002/114865, entre otros.

¹³⁷ Véase al respecto lo dispuesto en la STC n° 166/1986, de 19 de diciembre, EDJ 1986/166, FJ 6.

Sobre el planteamiento de la cuestión en relación al art. 87 ter de la LOPJ¹³⁸, el TC evita pronunciarse y señala que *“la presente cuestión de inconstitucionalidad se incoa en virtud de la denuncia formulada por D. José Manuel contra D^a. Victoria, lo que, obviamente, descarta la competencia de este tipo de órganos jurisdiccionales, y por lo mismo, no sería aplicable en este caso el mencionado precepto...”*.

1.4.3.1 Opinión doctrinal y crítica personal

Siendo el art. 87 ter de la LOPJ uno de los preceptos sobre los que versaba la cuestión planteada por el órgano judicial, para ARTAL FAULO¹³⁹, en los casos de agresiones mutuas, el Juzgado competente debe ser el Juzgado de Violencia sobre la Mujer para no dividir el conocimiento de la causa.

Para JIMENO BULNES¹⁴⁰, al no contemplarse una conexidad simultánea, se podría dar el caso de que se enjuiciasen por separado ambas conductas aunque la

¹³⁸ Dicho precepto atribuye competencias civiles y penales a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer; así como, el conocimiento exclusivo y excluyente de determinadas cuestiones civiles cuando se den determinados requisitos, así para el ámbito penal, el art. 87 ter de la LOPJ señala que: *“Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la LECrim, de los siguientes supuestos:*

De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del CP relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley...”.

¹³⁹ ARTAL FAULO, C.J., “Competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en <http://www.reicaz.org.es/portalReicaz/archivos/ficheros/1282648747262.pdf>, págs. 14 y 15, última visita el 2 de marzo de 2015.

¹⁴⁰ JIMENO BULNES, M., “Violencia de género: Aspectos orgánicos y competenciales”, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 325.

práctica judicial y social abogan por una interpretación flexible, y desde la Circular 4/2005 se ha defendido la atribución de la competencia a favor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

PLANCHADELL GARGALLO¹⁴¹ critica las exclusiones realizadas por el legislador de algunos supuestos delictivos por conexión y que permitiría una protección más global a las víctimas de violencia de género, como por ejemplo, las que se contemplan en el art. 5.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (en adelante LOTJ)¹⁴².

Entiendo que el TC resolvió acertadamente la presente cuestión. Por un lado, en los supuestos de agresiones mutuas no resulta acertado dividir la continencia de la causa, pues se corre el riesgo de sentencias contradictorias, y más aún, si cualquiera de los miembros de la pareja, en calidad de testigos, se acoge al derecho a no declarar contra el otro del art. 416 de la LECrim. Además, el órgano que debería atraer la competencia para conocer de la totalidad de la causa, debería ser el especializado, es decir, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Distintos son los supuestos recogidos en el art. 5.2 de la LOTJ, donde entiendo más adecuado un conocimiento por separado¹⁴³.

El razonamiento empleado por el órgano judicial hace pensar que sabía que no estaba planteando la cuestión de forma correcta pues señala que *“...las razones de índole práctico... tienen, si cabe, aún mayor relevancia en el caso presente, dado que cabe considerar más correcto que quede resuelta la duda planteada con anterioridad a que quede definitivamente ubicado el procedimiento en una u otra sede (Juzgado de*

¹⁴¹ PLANCHADELL GARGALLO, A., “Los presupuestos procesales en la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género: competencia y legitimación”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicaciones de la Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2007, pág. 291.

¹⁴² Según el cual: *“La competencia del Tribunal del Jurado se extenderá al enjuiciamiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos: a) Que dos o más personas reunidas cometan simultáneamente los distintos delitos; b) que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello; c) que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad.*

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1 de la presente Ley, en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión al delito de prevaricación, así como aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa...”

¹⁴³ De conformidad con los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional del TS de 20 de enero de 2010 y de 23 de febrero de 2010 refundiendo esta cuestión, completados el 20 de julio del mismo año y desarrollados por la STS nº 854/2010, de 29 de septiembre, ponente Giménez García, EDJ 2010/206712.

Instrucción o Juzgado de Violencia sobre la Mujer) que cuando se haya consumado la división de la contienda de la causa y se esté en plazo para dictar sentencia en uno y otro Juzgado... ”.

De tener verdaderas dudas sobre el órgano que debía conocer de los hechos denunciados, hubiera planteado la cuestión respecto del art. 17 bis de la LECrim¹⁴⁴, circunstancia que no realiza, pues sólo señala los arts. 87 ter de la LOPJ y 153 del CP, en la redacción dada por ambos por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

En resumen, el TC resolvió acertadamente la cuestión de inconstitucionalidad planteada, pues el órgano judicial dividió el conocimiento de la causa sin tenerlo que hacer y elevó la cuestión de modo precipitado, pues la instrucción estaba sin concluir y no dio traslado a las partes cumpliendo la forma legal prevista para ello.

1.4.4 Auto del Tribunal Constitucional nº 135/2006, de 4 de abril¹⁴⁵

El Juzgado de Instrucción nº 24 de Madrid decidió interponer esta cuestión de inconstitucionalidad en plena fase de instrucción. La cuestión se planteó, previo trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Público, en relación con los arts. 87 ter de la LOPJ, 14 y 15 bis de la LECrim¹⁴⁶, en la redacción dada por los arts. 44, 58 y 59 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

Este órgano judicial entendía que podía instar la cuestión no sólo cuando el procedimiento estaba concluso y dentro del plazo para dictar sentencia sino también cuando había agotado la instrucción de la causa¹⁴⁷, circunstancia que tampoco se daba

¹⁴⁴ En el mismo se dice que “*La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3º y 4º del art. 17 de la presente Ley*”.

¹⁴⁵ Acordado por el Pleno del TC, EDJ 2006/71048.

¹⁴⁶ Los cuales atribuyen competencias para conocer a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

¹⁴⁷ El órgano judicial defiende en su auto de 16 de diciembre de 2005 que: “...según el art. 35.2 de la LOTC la cuestión sólo puede plantearse una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, sin embargo, esto hay que entenderlo que también es extensible a cualquier tipo de auto definitivo y cuando se haya agotado la fase de conocimiento del órgano juzgador que plantea la cuestión de inconstitucionalidad y en el presente supuesto entiende el Juez que de aplicar artículos inconstitucionales ya no tendría que practicar más actuaciones y por lo tanto debería dictar auto inhibiéndose a favor de los llamados Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Por lo tanto no hay más actuaciones que practicar que es lo que quiere el art. 35.2 de la LOTC ante este Juzgado, por lo que conforme a ese artículo se entiende que está concluso el procedimiento y la suspensión para el planteamiento de la cuestión dentro del plazo para dictar sentencia se equipara al auto de inhibición ante el J.V.S.M. en ese caso...”.

pues en el momento de elevar la cuestión no se habían practicado todas las diligencias necesarias de instrucción.

El **Ministerio Fiscal** consideró que no era el momento procesal adecuado para elevar la cuestión al TC, pues el presunto autor de los hechos no estaba siquiera localizado. El Fiscal General del Estado, por su parte, interesó además, la inadmisión de la misma por errores en el juicio de relevancia¹⁴⁸ realizado por el órgano judicial.

El TC, como cabía esperar, volvió a apreciar defectos de forma¹⁴⁹ e inadmitió la cuestión planteada, indicando, además, que el juicio de relevancia no se practicó de forma satisfactoria¹⁵⁰ pues entendía que elevar la misma antes de que las partes se hubieran personado en el procedimiento¹⁵¹, además de prematuro, les impidió formular las alegaciones pertinentes con las suficientes garantías¹⁵².

Como ya se pronunció el TC en el auto nº 134/2006, de 4 de abril¹⁵³, aunque con carácter excepcional se admite una aplicación flexible de los requisitos procesales¹⁵⁴

¹⁴⁸ El Fiscal General del Estado se refiere a que “*El Magistrado promovente, tras la recepción de un parte médico de lesiones, ha procedido a suscitar la inconstitucionalidad de las normas, sin recibir declaración a la perjudicada, ofrecerle el procedimiento a sus representantes legales, ni tratar de averiguar las circunstancias personales del posible agresor, por todo ello no puede siquiera descartarse que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer no resulten a la postre competentes, bien porque el presunto autor resulte ser menor de edad como la perjudicada, bien porque la toma de declaración de ambos intervinientes sobre la relación afectiva que les une, sitúe los hechos fuera del ámbito competencial de dicho Juzgado, tampoco puede descartarse que el presunto autor de los hechos no resulte identificado, no sea habido, en suma que no se prosiga, por multitud de causas el proceso penal contra el mismo*”.

¹⁴⁹ Se remite en este punto nuevamente como en los anteriores autos estudiados a la doctrina recogida en la STC 166/1986, de 19 de diciembre, EDJ 1986/166, FJ 4.

¹⁵⁰ En concreto señala que “*...toda vez que en la providencia de 26 de noviembre de 2005 se dio traslado a las partes para que pudieran alegar sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 87 ter de la LOPJ, 14 y 15 bis de la LECrim, en la redacción dada por los arts. 44, 58 y 59 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. Ninguna alusión se hacía, por tanto, a los arts. 153.1 y 153.2 del Código Penal, que posteriormente se incorporan al auto de planteamiento*”.

¹⁵¹ Al no “*estar determinadas la naturaleza y circunstancias de tales hechos ni las personas que en ellos han intervenido, es procedente, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 757 y 774 de la LECrim, instruir diligencias previas y practicar aquellas esenciales encaminadas a efectuar tal determinación y, en su caso, el procedimiento aplicable*...”.

¹⁵² Según el TC “*esta forma de proceder impedía de todo punto la audiencia a unas partes que todavía no se habían podido constituir, al ignorarse su identidad, la sucesión de actuaciones pone indubitadamente de manifiesto que la cuestión no se ha planteado en un momento procesal oportuno*”.

¹⁵³ EDJ 2006/71047, FJ 4.

¹⁵⁴ Según el TC “*...esa posibilidad excepcional... sólo es admisible en el caso de leyes de naturaleza sustantiva cuando la ulterior tramitación del proceso hasta sentencia no puede aportar ningún elemento adicional de juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal cuestionada ni sobre su efecto determinante*”.

“...el planteamiento anticipado de la cuestión sólo es admisible cuando el proceso se halle en un momento en el que sea posible formular con exhaustiva precisión el juicio de relevancia de la norma con rango de ley de cuya constitucionalidad duda el órgano jurisdiccional..”, lo cual no se da en el presente caso pues el órgano judicial efectúa un reproche penal sin haber acabado la fase instructora, sin haber celebrado juicio oral, y sin que el juicio de aplicabilidad y relevancia necesarios para su planteamiento se hayan formulado correctamente¹⁵⁵.

Según el TC, no es un órgano legislador ni consultivo o de dictamen en atención a que el Magistrado proponente haya decidido elevar la cuestión para determinar a qué órgano judicial le corresponde proseguir con la instrucción de la causa, puesto que en el momento en que la plantea, desconoce tanto la naturaleza de los hechos como las personas que ellos han intervenido.

El TC concluye que en el momento en el que se eleva la cuestión no es posible saber si la norma que se cuestiona va a ser determinante del sentido del fallo¹⁵⁶ por lo que *“no resulta correcto entender, como sostienen los órganos judiciales que han planteado estas cuestiones, que el hecho de tener que aplicar este precepto legal para determinar si se admite o no la denuncia o para practicar las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza o circunstancia del hecho, constituye ya una aplicación de la norma que permite formular la cuestión de inconstitucionalidad...”*.

1.4.4.1 Opinión y crítica personal

Resulta confusa la interpretación efectuada por el Juzgado de Instrucción nº 24 de Madrid del art. 35.2 de la LOTC. Entiendo que la lectura de dicho precepto no permite equiparar el término “concluido el procedimiento” a que el órgano judicial

del fallo, ni sobre su legitimidad constitucional, o cuando la propia norma tenga una incidencia anticipada e irreversible en el propio proceso en curso...”.

¹⁵⁵ Véase al efecto la STC nº 234/1997, de 18 de diciembre, EDJ 1997/9285.

¹⁵⁶ Según STC nº 6/1982, de 14 de diciembre, EDJ 1982/76; STC nº 55/1990, de 28 de marzo, EDJ 1990/3497; STC nº 186/1990, de 15 de noviembre, EDJ 1990/10428; STC nº 76/1992, de 14 de mayo, EDJ 1992/4796, STC nº 110/1993, de 25 de marzo, EDJ 1993/2983y ATC 147/197, de 16 de septiembre, EDJ 1997/5379, entre otros, se considera que el fallo siempre se ha producido respecto de resoluciones que bien eran definitivas o, siendo interlocutorias la tramitación del procedimiento no iba a poder aportar ningún elemento nuevo en orden a determinar la incidencia de la norma cuestionada sobre el fallo que hubiera de dictarse ni sobre la legitimidad o ilegitimidad de la norma cuestionada y como a través de la cuestión de inconstitucionalidad lo que se efectúa es un control concreto de la adecuación de la norma a la CE, es necesario que el fallo dependa de la norma cuestionada.

instructor no tenga ninguna diligencia más que practicar ni la expresión “dentro del plazo para dictar sentencia” al auto de inhibición al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En mi opinión es un uso incorrecto del art. 35.2 de la LOTC que no tiene cabida en el supuesto en el que nos encontramos.

En definitiva, el TC acierta al inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad, no sólo por el momento procesal elegido para plantearla sino también por las deficiencias observadas durante su tramitación.

1.4.5 Auto del Tribunal Constitucional nº 136/2006, de 4 de abril¹⁵⁷

El Juzgado de Instrucción nº 24 de Madrid tampoco tuvo éxito esta vez, al plantear la cuestión de inconstitucionalidad “...*en relación con el art. 620.1-2º, 2 y 3 del Código Penal en su redacción conforme a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre por si el mismo pudiera vulnerar el principio de proporcionalidad respecto a la redacción dada en el art. 172.2 del Código Penal*”.

El órgano proponente entiende que toda la vertiente sancionadora de la LO 1/2004, de 28 de diciembre es contraria al principio de igualdad pues castiga siempre y en todo caso una conducta como delito (o le impone mayor pena), cuando la acción recae sobre una mujer. Según el mismo, la diferencia punitiva entre el art. 172.2 y el art. 620.2 del CP no radica en la acción realizada ni en la relación de afectividad, sino en el sexo diferente de los sujetos y dicha circunstancia no puede influir en la culpabilidad del autor.

Por último, señala que el art. 620.2 del CP es contrario al principio de proporcionalidad por no respetar lo dispuesto en los arts. 9.2, 9.3, 17.1, 24.2, 25 y 53 de la CE; al derecho de igualdad, por vulnerar los arts. 9.2, 9.3 y 14 de la CE; a la dignidad de la persona del art. 10 de la CE y al principio de presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

En esta ocasión el Juzgado de Instrucción tampoco contó con el respaldo del **Ministerio Público** pues “...*lo que plantea en realidad es la posibilidad de interponer la cuestión de inconstitucionalidad de un precepto, el art. 172.2 del CP, que no es aplicable al caso, si bien lo hace torticera y fraudulentamente refiriéndose a la posible*

¹⁵⁷ Acordado por el Pleno del TC, EDJ 2006/71049.

inconstitucionalidad del art. 620.2 del CP, que es el que resulta aplicable”. Según el Ministerio Fiscal, el órgano proponente había aplicado en numerosas ocasiones anteriores dicho precepto sin que hubiera puesto en duda la constitucionalidad del mismo hasta ese momento. Entiende, además, que para el caso de admitirse la cuestión planteada, la decisión no tendría incidencia alguna sobre el art. 620.2 del CP.

El TC inadmitió la misma y señaló en el fundamento de derecho tercero, que lo que se plantea en el presente caso es un juicio de proporcionalidad a la inversa; es decir, en atención al diferente tratamiento penológico, por razón de sexo, se pretende reparar la lesión al principio de igualdad del art. 14 de la CE elevando el castigo previsto para las mujeres. Según el TC, el órgano judicial promotor no ha cuestionado el precepto por ser insuficiente la protección penal que dispensa sino por resultar discriminatorio, según el mismo, si se le compara con el art. 172.2 del CP. Además, para el caso de que el mismo fuera declarado inconstitucional no resultaría afectado el art. 620 del mismo texto legal, que seguiría siendo de aplicación de conformidad con los principios de *lex praevia* y *lex certa*.

Por último, concluye que la vulneración denunciada a la dignidad de la persona y a los principios de presunción de inocencia y proporcionalidad en ningún momento se razonan por lo que no permiten modificar las conclusiones anteriores.

1.4.5.1 Opinión y crítica personal

El TC ha acertado con la inadmisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad. En primer lugar, en atención a que se propone respecto de un precepto, el art. 620.2 del CP, cuya aplicación al caso concreto es utilizada por el órgano judicial proponente para atacar de plano otro precepto, el art. 172.2 del CP, por el que no existe acusación, y en segundo lugar, porque aún en el supuesto de admitirse la inconstitucionalidad del art. 172.2 del CP, el art. 620.2 seguiría siendo aplicable, por lo que, no tiene sentido, al menos práctico, el planteamiento de la misma al quedar vacío de contenido el juicio de relevancia.

Además de lo anterior, me gustaría resaltar la formulación incorrecta del juicio de relevancia practicado por el órgano judicial proponente pues no señala los posibles preceptos cuestionados.

Hay que recordar también que el control de constitucionalidad que le corresponde al TC es bastante limitado y que el órgano judicial debió haber propuesto alternativas a la pena que considera discriminatoria, que fuera de menor intensidad coactiva y de funcionalidad similar, circunstancia que no hace.

1.5 Cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional

En atención a la materia y al precepto cuya constitucionalidad se cuestiona podemos distinguir entre las planteadas en relación a la prohibición de aproximación y no comunicación de los arts. 48.2 y 57.2, al delito de lesiones y malos tratos de los arts. 148 al 153, al delito de amenazas del art. 171.4, al delito de coacciones del art. 172.2 y al delito de maltrato habitual del art. 173.1 del CP.

1.5.1 Cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional planteadas en relación con la prohibición de aproximación y comunicación de los arts. 48.2 y 57.2 del CP¹⁵⁸

1.5.1.1 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 139/2008, de 28 de octubre¹⁵⁹

Aunque el TC no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto, resultan interesantes las alegaciones que efectuaron tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado

¹⁵⁸ El art. 48.2 del CP establece que: “La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”, y el art. 57.2 señala que: “En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”.

¹⁵⁹ Acordada por el Pleno del TC, EDJ 2008/196527.

del Estado. El Juzgado de lo Penal nº 2 de Arenys de Mar¹⁶⁰ elevó esta cuestión al considerar que los arts. 57.2 y 48.2 del CP¹⁶¹, en su redacción dada por la LIVG, no respetaban ni la libertad de la víctima, arts. 1.1 y 17 de la CE, ni el libre desarrollo de su personalidad, art. 10 de la CE¹⁶².

El **Fiscal General del Estado** apreció defectos formales en el traslado a las partes y afirmó que la cuestión era improcedente pues estaba más relacionada con otros preceptos¹⁶³ que con los alegados por el órgano judicial. Por último negó que la víctima o las relaciones paterno filiales resultaran afectadas pues toda pena afecta en mayor o en menor medida al círculo más próximo de allegados del condenado y su aplicación, no se puede hacer depender de la voluntad de terceros.

Tras el traslado y personación de otras partes, **el Abogado del Estado** consideró que la cuestión planteada tenía poca relevancia pues “...*si no se plantea cuestión alguna en relación con el autor del hecho...es claro que la ponderación de sus efectos futuros*

¹⁶⁰ Procedente a su vez del Juzgado de Instrucción nº 5 de Arenys de Mar quien acordó el 5 de octubre de 2004 auto incoando DUD nº 57/2004 por un presunto delito de maltrato familiar. Al día siguiente tuvo lugar la celebración del juicio rápido en el que tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular formularon acusación contra el acusado por un presunto delito de lesiones del art. 153.1 y 2 del CP (el mismo interesando la pena de nueve meses de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y dos años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, junto con la prohibición de aproximarse a la perjudicada, a su domicilio o lugar de trabajo a una distancia de mil metros y la de comunicarse con ella por cualquier medio, de conformidad con los arts. 57 y 48.2 del CP, el letrado de la acusación particular se adhirió al escrito presentado por el Ministerio Público e interesaron la apertura de juicio oral. El Juzgado de Instrucción nº 5 de Arenys de Mar tras dar traslado de los escritos de calificación al letrado del acusado acordó la apertura de juicio oral y remitió las actuaciones al Juzgado de lo Penal nº 2 de Arenys de Mar quien registró las actuaciones como juicio rápido nº 1075/2004.

¹⁶¹ En la fundamentación jurídica del auto por el que se eleva la cuestión al TC se señala, por el órgano judicial proponente, como de dudosa constitucionalidad los arts. 57.2 y 48.2 del CP, en su redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre al poder entrar en contradicción con los arts. 17.1 y 1.1 CE y con incidencia en el art. 10.1 de la misma norma en atención al carácter facultativo que revestía la pena de alejamiento en su redacción originaria por la LO 14/2009, de 9 de junio frente al carácter obligatorio dado por la nueva redacción.

¹⁶² Para el órgano judicial proponente en el caso en el que la víctima esté conforme con la imposición de dicha pena o para el caso que, aún no estándolo, se trate de delitos que hayan afectado a bienes jurídicos especialmente relevantes no se duda de la constitucionalidad de la medida pues en el primer caso no se coarta o limita la voluntad de aquella, pues la medida impuesta resulta ser conforme a sus deseos, y en el segundo, la protección del bien jurídico protegido ha de prevalecer incluso sobre la voluntad de la propia afectada. Por tanto, la duda sobre la constitucionalidad de la medida queda reducida a los supuestos en los que el ataque al bien jurídico protegido no reviste especial gravedad y la víctima manifieste su oposición.

¹⁶³ En particular, con los arts. 33 y 57 apartado primero y 57.2, relativos a la clasificación de las penas y su duración.

respecto de...la víctima resulta irrelevante...” y compartió con el Ministerio Público que ni la libertad de la víctima ni las relaciones paterno filiales resultaban afectadas¹⁶⁴.

El TC apreció los defectos de procedibilidad denunciados por el Ministerio Público¹⁶⁵ e inadmitió la cuestión planteada¹⁶⁶ pues el órgano judicial no garantizó una audiencia real y efectiva de las partes¹⁶⁷. Según el Alto Tribunal el órgano judicial sólo puede elevar la cuestión de inconstitucional respecto de los artículos que han sido sometidos al parecer de las partes en el trámite de audiencia y no sobre cualesquiera otros¹⁶⁸.

1.5.1.1.1 Crítica personal

Sobre el defecto de procedibilidad alegado por el Fiscal General del Estado, el TC da mucha importancia tanto al trámite de audiencia a las partes como al juicio de relevancia que debe efectuar el órgano judicial al plantear la cuestión. En el presente caso el órgano proponente, al dar traslado a las partes para alegaciones, no recogió todos los preceptos supuestamente vulnerados de la CE, que luego si incluyó en el auto que eleva la cuestión al TC, por lo que, sólo por dicho defecto, la misma no debería prosperar.

¹⁶⁴ Así, “...si las penas hubieran de calibrarse en su aplicación por una ponderación de sus consecuencias extraprocesales negativas para terceros tendríamos que excluir hasta las multas, con sólo ponderar el impacto en su exacción sobre el patrimonio de los acreedores o las expectativas de los herederos del sancionado...”.

¹⁶⁵ Recordemos que el Fiscal General del Estado señaló en su informe que el órgano judicial, en el traslado del art. 35.2, manifestaba su duda sobre la constitucionalidad de los arts. 57.2 y 48.2 del CP al entenderlos contrarios al art. 17 de la CE, mientras que en el trámite del art. 37.2 de la LOTC, mencionó también los arts. 1.1, 10 de la CE, por lo que las partes no pudieron pronunciarse al respecto. De admitir dicha alegación debería declarar la inadmisión de la cuestión y no pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada.

¹⁶⁶ Este pronunciamiento no tiene carácter preclusivo según la STC nº 59/2008, de 24 de mayo, FJ 2, EDJ 2008/48144.

¹⁶⁷ FJ 4º de la sentencia estudiada.

¹⁶⁸ Según el TC, dichas alegaciones deben versar fundamentalmente sobre la vinculación entre la norma citada y apreciada por el Juez como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución, así como sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución, lo que “*requiere que la providencia que otorga la audiencia especifique los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que le Juez estima de posible vulneración por aquellos. Resulta, pues, inexcusable, que en el trámite de audiencia se identifique el precepto o preceptos que se consideren vulnerados, así como que el Juez quede vinculado, en principio, a elevar la cuestión de inconstitucionalidad únicamente sobre los preceptos sometidos a este trámite de alegaciones...*”, ATC nº 467/2007, de 17 de diciembre, FJ 2, EDJ 2007/274730

Respecto al fondo del asunto, no comparto que con la prohibición de aproximación se esté limitando la libertad de la víctima pues dicha pena recae exclusivamente sobre el condenado, el único que es requerido para el cumplimiento de la pena de alejamiento y quien estará quebrantando si no la respeta¹⁶⁹. Es inevitable que la pena despliegue sus efectos sobre otras personas, en mayor o menor medida, sin que por ello, deba desaparecer.

Por último toda persona que haya cometido un hecho punible debe tener certeza de la pena que va a sufrir sin que la misma pueda quedar indeterminada o hacerse depender de la voluntad de un tercero, pues eso vulneraría el principio de legalidad y de culpabilidad. Existen muchos casos de violencia de género en los que la víctima se encuentra sometida a su agresor¹⁷⁰, en los que deberíamos preguntarnos en qué medida la víctima podría decidir libremente y no coaccionada por su pareja o personas del entorno de ésta.

1.5.1.2 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 60 /2010, de 7 de octubre¹⁷¹

La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria planteó esta cuestión de inconstitucionalidad frente al art. 57.2 del CP por posible vulneración de los artículos 1.1, 10.1, la intimidad personal y familiar del art. 18.1, así como de los arts. 24.1 y 25.1, todos ellos de la CE. La misma da respuesta a la cuestión del carácter obligatorio o no de la imposición de la pena accesoria de alejamiento.

Según la Sala proponente, el alejamiento es una pena privativa de derechos que infringe el principio de personalidad de la pena del art. 25.1 de la CE¹⁷² y afecta a las

¹⁶⁹ La STS nº 1156/2005, de 26 de septiembre, EDJ 2005/187655, (ponente Giménez García), recoge en su fundamento de derecho 5º, que “...si la mujer consintiera en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria, o al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del CP, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del derecho penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a “vivir juntos”, como recuerda las SSTEDH de 24 de marzo de 1988, EDJ 1988/10468 y de 9 de junio de 1988 entre otras...Por otra parte es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de la persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se le debe proteger...En esta materia parece decisión más prudente...estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento...”.

¹⁷⁰ Y me refiero no sólo la psicológica sino también la económica, por ejemplo.

¹⁷¹ Acordada por el Pleno del TC, ponente Delgado Barrio EDJ 2010/ 205564.

relaciones familiares, pues se impone a quien no ha cometido infracción penal alguna y por un plazo superior al de las penas privativas de libertad previstas.

Entiende, además, que la pena de alejamiento en contra de la voluntad de la víctima produce indefensión contraria al art. 24 de la CE, dado que se impone a ésta una medida que la afecta sin haber sido oída y sin haber participado en el proceso, y es contraria al principio de proporcionalidad de las penas del art. 25.1 de la CE en relación con el art. 9 de la CE, puesto que la pena de alejamiento no identifica el bien jurídico que se trata de proteger y se aplica cualquiera que sea la gravedad del hecho y la peligrosidad del delincuente; y al art. 9.3 de la misma, que proclama la interdicción de la arbitrariedad, incluida la arbitrariedad legislativa¹⁷³.

Por último, la Sala entiende que la pena de alejamiento incide de forma directa *“en el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 de la CE) y que al derivar del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 1.1 y 10.1 de la CE) es una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores, que en este caso no concurren...”*.

El **Ministerio Fiscal** no apreció contradicción alguna entre el art. 57.2 del CP y la CE. El Fiscal General del Estado puso de manifiesto la similitud de esta cuestión con otras ya resueltas por el TC¹⁷⁴.

Según el **Fiscal General del Estado** toda pena afecta, en mayor o menor medida, al círculo de allegados del condenado sin que por ello deba entenderse que se impide el libre desarrollo de la personalidad de estos, y cree que, cuando dicha pena ha

¹⁷² La Audiencia señala que resultan afectados el derecho a la libertad de elegir residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 CE), al derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), al derecho a contraer y a convivir en matrimonio (art. 32 CE), y al derecho al trabajo en la profesión elegida (art. 35 CE), entre otros.

¹⁷³ Continúa la Sala diciendo que *“...Una ley es arbitraria cuando careciera de toda explicación racional, cuando es producto no del arbitrio legítimo sino del capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales”*, dando a entender que el legislador ha podido actuar de forma caprichosa, inconsecuente o incoherente.

¹⁷⁴ En concreto con la nº 3916/2005 y la 8820/2005, que se resolvieron por STC nº 115/2010, de 24 de noviembre, EDJ 2010/265037, y en las que figuran acumuladas las cuestiones de inconstitucionalidad 3916/2005, la nº 8820/2005, la 6292/2006, la nº 3899/2007, la nº 5947/2008 y la nº 7433/2008, planteadas todas ellas por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid en relación con el art. 57.2 del CP en su redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en la que TC desestima las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas y remite en su fundamentación a la STC nº 60/2010, de 7 de octubre.

sido solicitada por el Ministerio Fiscal, no resulta afectada la tutela judicial efectiva ni causa de indefensión ya que las partes pueden intervenir en el proceso para realizar alegaciones y actos de defensa. En cuanto al principio de legalidad, el mismo acepta que el art. 25.1 de la CE proscriba que las penas se impongan a una persona que no ha cometido delito alguno y alega que a la víctima no se le impone pena alguna puesto que si se aproxima al agresor no vulnera ningún precepto penal, salvo interpretaciones contrarias al espíritu de la norma por parte del órgano judicial.

Tras la decisión del TC de admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y dar traslado de las actuaciones recibidas¹⁷⁵ a los órganos legitimados, el Abogado del Estado interesó la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad¹⁷⁶.

De las Cámaras, tan sólo el Presidente del Senado manifestó la intención de la Mesa de personarse¹⁷⁷.

El TC centra los principios constitucionales supuestamente vulnerados por el art. 57.2 del CP y señalados por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en los siguientes:

- Principio de personalidad de las penas (art. 25.1 de la CE). Según la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias supondría la imposición de dicha pena a quien no ha cometido acto delictivo alguno.

- El derecho que tiene la víctima a no sufrir indefensión (art. 24 de la CE) puesto que, según la Sala, se le impone una pena sin haber sido oída y sin haber intervenido en el proceso.

¹⁷⁵ De conformidad con lo dispuesto en el art. 37.2 de la LOTC

¹⁷⁶ Según el mismo, el hecho de que se imponga la pena de alejamiento sin dejar margen al arbitrio judicial no es inconstitucional puesto que las penas dispositivas en la legislación penal son excepcionales, señalando que toda pena es limitativa de derechos y en eso consiste la aflicción de la misma. Respecto a la supuesta vulneración de los arts. 24 y 25 de la CE, indica el Abogado del Estado que eso no es así pues el hecho de que se adopte la medida en protección de la víctima no significa que la misma deba depender de la voluntad de la víctima pues de ser así colocaríamos el alejamiento en la esfera de los delitos privados, reservando el derecho de veto a la víctima. Respecto la vulneración al art. 18.1 de la CE en relación con los arts. 1.1 y 10.1 de la CE reitera el Abogado del Estado que la pena de alejamiento no los vulnera pues no sólo afecta a terceras personas la pena de alejamiento sino también, por ejemplo, la de prisión, mucho más grave que aquel, sin que por eso se vaya a cuestionar la constitucionalidad de la misma. Respecto a la acumulación de la presente a la nº 640/2005 considera no preferible la misma habida cuenta la diversidad de planteamientos y razones existentes entre ambas.

¹⁷⁷ En los términos del art. 88.1 de la LOTC.

- El principio de proporcionalidad de las penas (art. 25.1 de la CE).

- El derecho a la libertad de elegir residencia y circular libremente por el territorio nacional (art. 19.1 de la CE), produciéndose también una infracción del art. 18.1 en relación con los arts. 10.1 y 11.1 de la CE.

Respecto del principio de personalidad de las penas el Alto Tribunal señala que, según desprende del tenor literal del art. 48.2 del CP¹⁷⁸, sólo se impone al autor del hecho delictivo, cuestión distinta es que la misma pueda tener efectos sobre terceros¹⁷⁹. Para el TC la separación física que se produce al imponerse la pena de alejamiento es una consecuencia externa de la pena misma e igualmente sucede con otro tipo de penas como, por ejemplo, la prisión.

Sobre la posible indefensión a la víctima el Tribunal disiente de ello y señala que la víctima tiene reservado un papel efectivo y adecuado en el sistema judicial penal, por lo que tiene garantizado tanto la posibilidad de ser oída durante las actuaciones¹⁸⁰ como participar en el proceso seguido contra su agresor.

En cuanto a la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad realizada por la Sala, señala que el control de la proporcionalidad de las normas penales debe partir de dos consideraciones: La primera, que el legislador goza de la potestad exclusiva para configurar los bienes jurídicos protegidos, el comportamiento penal reprobable, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo; y la segunda, que el ámbito en el que resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos reconocidos en la CE, por lo que hay que precisar qué principios o derechos constitucionales se podrían ver restringidos. Sobre esta última, resuelve que la pena de alejamiento afecta a la libertad del penado, referida a su libertad de residencia y

¹⁷⁸ “La prohibición de aproximación...impide al penado...”.

¹⁷⁹ “...si en algunas ocasiones es el patrimonio y por ello el nivel económico familiar el que puede resultar afectado, según ocurre, por ejemplo, con la pena de multa o la de inhabilitación, en otras ocasiones la consecuencia de la pena es la separación física y la ruptura de la convivencia cotidiana, tal y como sucede con la pena de prisión o, en fin, con la aquí debatida prohibición de aproximación. Esa separación física representa un efecto externo de la pena controvertida que podrá ser tanto más intenso cuanto más próximos sean el vínculo o los afectos de aquellas personas con el penado, y que se producirá, por cierto, con independencia de que su imposición tenga lugar en el marco del art. 57.2 del CP o sea fruto del margen de arbitrio que al juez reconoce el art. 57.1 del CP...”.

¹⁸⁰ En los términos de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

circulación por el territorio nacional, y al libre desarrollo de su personalidad puesto que la misma se proyecta en su decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia.

Respecto a la supuesta vulneración de la intimidad familiar, el TC entiende que esta no se produce porque el derecho del art. 18.1 protege la intimidad misma pero no las acciones privadas e íntimas de las personas¹⁸¹ por más que estas dos posiciones jurídicas puedan aparecer solapadas¹⁸². Señala además que, según doctrina reiterada suya, la intimidad familiar es una dimensión adicional de la intimidad personal¹⁸³ y esta implica el derecho que tiene todo individuo a tener un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, algo absolutamente necesario para mantener una calidad mínima de vida humana¹⁸⁴ permitiendo al individuo preservar ese ámbito, para sí y su familia.

Por otra parte, indica que aunque la pena de alejamiento afecta también a los derechos de elegir libremente el lugar de residencia y al de circular por el territorio nacional no cabe concluir sin más la inconstitucionalidad de la norma, al contrario, implicará realizar un triple control que nos lleve a concluir que la pena no es idónea o adecuada para los fines que se pretenden con la misma, que la pena no es necesaria, de forma que resulte evidente que existen otras medidas menos restrictivas de los derechos y principios constitucionales afectados y, por último, que produzca un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable.

En cuanto al primer control referido a la idoneidad o adecuación de la norma, según el Alto Tribunal, el principio de adecuación necesita la existencia de una relación de congruencia objetiva entre el medio dispuesto por el legislador y el fin que se persigue con el mismo, entendiéndose que dicha circunstancia se producirá si la medida que se deriva del precepto cuestionado puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido, mientras que será inidónea si la medida entorpece o, incluso, si

¹⁸¹ Según la STC nº 89/1987, de 3 de junio, FJ. 2, EDJ 1987/88,

¹⁸² Según la STC nº 151/1997, de 29 de septiembre, EDJ 1997/6364.

¹⁸³ Según la STC nº 136/2007, de 7 de noviembre, EDJ 2007/188657.

¹⁸⁴ Véase al efecto las STC nº 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3, EDJ 1988/547; STC nº 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, EDJ 1991/9838; STC nº 134/1999, de 15 de julio, FJ 5, EDJ 1999/19187 y STC nº 115/2000, de 5 de mayo, FJ 11, EDJ 2000/8895.

resulta indiferente en punto a la satisfacción de su finalidad. Según el Tribunal, los fines que se persiguen con la imposición de la pena de alejamiento son, por un lado, de prevención general referida a futuras agresiones a esos bienes jurídicos y, por otro, de prevención especial, referida a la reiteración delictiva, por lo que la pena contribuye a dicho fin.

Respecto al carácter necesario o no de la norma, según la doctrina del TC¹⁸⁵, una norma será innecesaria cuando exista un medio alternativo menos restrictivo de derechos para alcanzar las finalidades deseadas por el legislador de una manera igualmente eficaz. En el auto que eleva la cuestión, no se establece ningún medio alternativo sino que el régimen sancionador del mismo quedaría integrado dentro de las penas principales por lo que, tampoco se puede decir que el art. 57.2 del CP sea innecesario.

Sobre la desproporción o falta de equilibrio entre la norma y el fin perseguido por la misma, resuelve que no cualquier desproporción o falta de equilibrio entraña la inconstitucionalidad de la norma sino sólo lo será aquella en la que exista un desequilibrio o desproporción evidente o manifiesta¹⁸⁶ y rechaza que eso se produzca en el art. 57.2 del CP, pues de la comparación de la entidad de los efectos producidos por dicho precepto con el grado de satisfacción de los fines que se persiguen con el mismo, no resulta un desequilibrio o exceso de tal naturaleza que permita hablar de “estricta desproporción y, menos aún, de desproporcionalidad “evidente” o “manifiesta”¹⁸⁷.

En base a todo lo anterior, se desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Representada, entre otras, por la STC nº 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8º, EDJ 1996/976 y STC nº 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, EDJ 1999/14094.

¹⁸⁶ STC nº 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, EDJ 1999/14094.

¹⁸⁷ Según el Fundamento de Derecho 16 de la sentencia estudiada.

¹⁸⁸ Así señala que: “...nuestra decisión ha de ser la de desestimar la presente cuestión, puesto que, desde la posición institucional que le es propia a este Tribunal, para poder apreciar la inconstitucionalidad de las decisiones del legislador que expresan el resultado de juicios de ponderación entre principios constitucionales es preciso que las razones derivadas de aquellos a los que éste haya otorgado menor peso sean de una tal intensidad que resulten capaces de desplazar no sólo a las que se derivan de los principios opuestos, sino también a las exigencias procedentes de los principios de democracia y pluralismo político, especialmente intensas en relación con la formulación normativa de la política criminal. Esas exigencias conducen, según hemos señalado ya, a que sólo quepa declarar la inconstitucionalidad, por su desproporción, de la ley penal cuando el exceso o desequilibrio imputado a la medida que incorpore resulte verdaderamente manifiesto o evidente. En otras palabras, mientras que cualquier desajuste entre

1.5.1.2.1 Posición doctrinal y crítica personal

Con ocasión del análisis de esta sentencia y de la anterior, RUBIDO DE LA TORRE¹⁸⁹ entiende necesario poner todos los medios suficientes para evitar que se sigan produciendo este tipo de acciones violentas en el seno de la familia y considera preferible mantener la obligatoriedad de la pena de alejamiento, con algunas excepciones, al sistema anterior de aplicación discrecional rechazando de plano, que la imposición de la pena de alejamiento quede a merced de la voluntad de la víctima¹⁹⁰.

GARROCHO SALCEDO¹⁹¹ señala que es contradictorio imponer obligatoriamente la pena accesoria de alejamiento y ampliar el círculo de personas que pueden solicitarla para que luego la simple voluntad unilateral de la víctima la deje sin efecto cuando desee reanudar la convivencia con el agresor y, recuerda que la imposición obligatoria de esta pena accesoria obedece al programa político-criminal de tolerancia cero en materia de sanción y prevención de la violencia familiar y de género¹⁹².

En una posición contraria, SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA¹⁹³, opina que el TC se escuda en argumentos defensivos y abstractos para justificar la imposición obligatoria de la pena de alejamiento pues según el mismo, el TC no ofrece medias

las dos variables objeto de recíproca valoración en este estadio de control puede dar lugar a un reproche al legislador desde el punto de vista de la legitimidad externa u oportunidad de la medida adoptada, para que esa desproporción adquiera relevancia constitucional ha de tratarse de un exceso verdaderamente patente y manifiesto. No le es dado, en fin, a este Tribunal ir más allá en su labor de enjuiciamiento sin invadir el margen de libre configuración de delitos y penas que corresponde al legislador democrático, tal como hemos indicado”.

¹⁸⁹ RUBIDO DE LA TORRE, J.L., Ley de Violencia de Género. Ajuste de constitucionalidad en materia... ob cit., págs. 102 a 104.

¹⁹⁰ Según el mismo “No entiendo ahora ni nunca entenderé que cuando se traspasa en las relaciones personales, afectivas y familiares el límite de la violencia (física, moral y psíquica), se pueda conceder a la persona...la total libertad para dejarse agredir, lesionar o verse mermada en su integridad y confianza...”, en RUBIDO DE LA TORRE, J.L., Ley de Violencia de Género. Ajuste de constitucionalidad en materia... ob cit., pág. 103.

¹⁹¹ GARROCHO SALCEDO, A.M., “El consentimiento de la víctima de violencia de género en relación con las penas y medidas de alejamiento” en *Temas actuales de investigación en Ciencias Penales: Memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.), Aquilafuente Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, pág. 125.

¹⁹² GARROCHO SALCEDO, A.M., “El consentimiento de la víctima de violencia de género...”, ob.cit., pág. 119.

¹⁹³ SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, A. “La pena de alejamiento: constitucionalidad de su imposición obligatoria”, *La Ley*, nº 7589, Sección La sentencia del día, Año XXXII.

alternativas a la misma ni permite su aplicación flexible ni argumenta suficientemente la cabida de dicha pena en todo caso.

En la misma línea, FARALDO CABANA¹⁹⁴ considera que mantener la pena de alejamiento en contra de la voluntad de la propia víctima supone desoír a ésta cuando lo que pretende es el fin de la violencia a la vez que mantener o reanudar la convivencia con su agresor.

En mi opinión, algunos de los fines que se pretenden con la pena de alejamiento son, por un lado, evitar la reiteración delictiva por parte del agresor y, por otro, proteger a la víctima y, desde este punto de vista, no se puede dejar al arbitrio de aquella el cumplimiento de estos fines. Si bien es cierto que toda pena, en mayor o menor medida, afecta a la vida familiar del condenado, no podemos olvidar que nos encontramos con una pena y que la finalidad que se persigue con la misma es prevenir, sancionar y erradicar la violencia ejercida por el agresor manifestada en el delito cometido¹⁹⁵, por lo que, la peligrosidad social ya mostrada por el agresor justifica por sí sola su imposición obligatoria.

Por otra parte, si para acordar el alejamiento como medida cautelar dentro de la orden de protección es necesario, según el art. 544 ter de la LECrim, que existan indicios fundados de criminalidad y una situación objetiva de riesgo, más justificado está aún la imposición obligatoria de dicha pena accesoria si la sentencia condena al agresor, pues ya no existen indicios sobre la existencia del crimen sino que este efectivamente se ha cometido, y además, dada la naturaleza de este tipo de delitos nos encontramos con que existe una alta probabilidad de reiteración delictiva, por lo que se hace necesario intervenir dentro de ese núcleo familiar para garantizar esa paz familiar, que según la Sala proponente, está siendo afectada por la pena de alejamiento¹⁹⁶. Además de lo anterior, no estamos ante delitos de carácter privado sino perseguibles de oficio, por lo que tanto la persecución del delito como la imposición de la pena no se puede hacer depender de la voluntad de la víctima.

¹⁹⁴ FARALDO CABANA, P., “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género” en MUÑAGORRI LAGUÍA, I. /PEGORARO, J.S. (coords.), *Órdenes normativas y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 269-284.

¹⁹⁵ Según el art. 1.2 de la propia LO 1/2004, de 28 de diciembre.

¹⁹⁶ Aunque difícilmente se pudiera hablar de “paz familiar” dentro de ese núcleo de convivencia puesto que el agresor con su conducta ya se encargaba de que la misma no existiera.

En todo caso para el supuesto de hechos de carácter leve, que parece que son a los que se está refiriendo la Sala, ya que no pone en duda la necesidad de dicha pena en los casos de mayor gravedad, siempre puede el juzgador optar por una pena de trabajos en beneficio de la comunidad¹⁹⁷ en la que se permite graduar dicho alejamiento¹⁹⁸.

No puedo estar más de acuerdo, por consiguiente, con las premisas sentadas por el Alto Tribunal que zanján definitivamente la cuestión del carácter indisponible de la pena de alejamiento. Uno de los fines de esta pena accesoria, como ya he señalado, es de prevención especial, en un entorno, además, en el que es muy difícil observar la proyección externa del delito cometido, pues se comete dentro del ámbito doméstico, y en el que las posibilidades de impunidad son mayores. No comparto la posición de aquellos que sostienen que la aplicación de una pena se pueda hacer depender de la voluntad ajena al *ius puniendi* del Estado pues no se respetaría el principio de legalidad e impediría conocer la certeza de las penas que correspondería imponer por la comisión del hecho delictivo, además, colocaría este tipo de infracciones próximo al ámbito de los delitos privados, obviándose que la víctima del delito no sólo es la persona agredida sino que el delito despliega sus efectos sobre toda la comunidad¹⁹⁹. No se puede ignorar además, el nivel de dependencia que muchas víctimas tienen de sus agresores pues dicho sometimiento es una manifestación más de la dominación y violencia ejercidas sobre las mismas, por lo que hacer depender el cumplimiento de una pena de una voluntad que puede estar viciada, y como mínimo afectada por la agresión sufrida, es convertir a la víctima al mismo tiempo en verdugo de su agresor. Por otra parte, la pena de alejamiento va a permitir también restaurar la voluntad libre de la víctima, dándole tiempo para que recupere su identidad, para que pueda volver a ser ella y pueda volver a decidir de forma libre e independiente.

Cuestión distinta ocurre cuando se adopta el alejamiento como medida cautelar, pues no deja de ser una medida que puede ser solicitada por la víctima, y cuando no es ella la solicitante debe ser preguntada al respecto para decidir sobre su adopción,

¹⁹⁷ Si la misma es aceptada por el agresor en el seno del juicio oral.

¹⁹⁸ Puesto que si la pena que se impone es de prisión, la pena de alejamiento lo tiene que ser siempre, por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta según el art. 57.1 párrafo segundo.

¹⁹⁹ De ahí que se pueda personar en los procedimientos por violencia de género no sólo la víctima sino también la Abogacía del Estado, de las CCAA...etc.

teniendo en cuenta además la existencia de indicios racionales de criminalidad y la situación objetiva de riesgo, lo que implica analizar las circunstancias que rodean el hecho delictivo.

1.5.1.3 Otras cuestiones similares resueltas por el Tribunal Constitucional

Además de las cuestiones de inconstitucionalidad ya analizadas, se plantearon muchas otras, como la STC nº 80/2010, de 26 de octubre, la STC nº 141/2008, de 30 de octubre o la STC nº 115/2010.

1.5.1.3.1 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 80 /2010, de 26 de octubre²⁰⁰

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Córdoba elevó la cuestión respecto los arts. 57.2 del CP y 153.1 del CP por supuesta vulneración del art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 10.1 y 2, 14, 18.1 y 39 de la CE.

Según el Juzgado, el art. 153.1 del CP establece una discriminación negativa del varón, por meras razones biológicas carente de justificación y el art. 57.2 del CP, en su redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, es contrario al art. 8.1 del CEDH y a los arts. 10.1 y 2, 18.1 y 39.1 de la CE, al imponer de forma obligatoria la pena de prohibición de aproximación, pues dicha pena implica una restricción del derecho a la vida familiar e imposibilita la reanudación de la convivencia familiar.

Tras el traslado a las partes legitimadas, tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado interesaron la desestimación de la cuestión planteada al apreciar defectos formales en su tramitación y negaron la contradicción con el CEDH y la CE.

Sobre el fondo del asunto, el **Abogado del Estado** estima que el art. 153.1 del CP no vulnera el art. 14 de la CE puesto que si en el mismo se recoge un tratamiento penal diferente al dispensado para un hombre lo es en atención al fenómeno social que se está produciendo en torno a la violencia de género. Respecto al art. 57.2 del CP señala que toda pena puede producir efectos sobre terceros sin que ello suponga reconocer a la víctima el derecho a decidir sobre la aplicación de la misma.

²⁰⁰ Acordada por el Pleno del TC, EDJ 2010/240650.

El **Fiscal General del Estado** indicó que la eventual inconstitucionalidad del art. 153.1 del CP por vulneración del art. 14 de la CE ha sido argumentada de forma similar en una pluralidad de autos con resultado negativo y que lo mismo ocurre respecto al art. 57.2 del CP, interesando que se le den por reproducidas las alegaciones realizadas en ocasiones anteriores²⁰¹.

Respecto de las alegaciones por defectos de forma hechas por el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado, el **Alto Tribunal** trae a colación la doctrina sobre los fines esenciales buscados con el trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 de la LOTC²⁰² y señala que no es posible que el órgano judicial incluya en el auto que eleva la cuestión de inconstitucionalidad elementos nuevos sobre los que las partes y el Ministerio Fiscal no se hayan podido pronunciar en el trámite de audiencia²⁰³.

En base a todo lo anterior, el Alto Tribunal admite en parte los defectos formales denunciados y excluye los arts. 10.1, 18.1 y 39.1 de la CE del análisis de la inconstitucionalidad de la norma²⁰⁴.

Respecto a la posible inconstitucionalidad del art. 153.1 de la CE, el TC se remite a lo ya manifestado en la STC nº 59/2008, de 14 de mayo²⁰⁵, que si bien me adelanto al estudio de la misma, declara la constitucionalidad de dicho precepto.

Sobre el cuestionamiento efectuado por el órgano judicial proponente del art. 57.2 del CP, concluye que cabe rechazarlo en cuanto que la propia doctrina del TC considera que el art. 8.2 del CEDH, puesto en relación con el art. 10.2 de la CE, es una fuente interpretativa que permite identificar mejor el contenido de los derechos fundamentales pero sin que una infracción al mismo pueda tener relevancia

²⁰¹ Como la registrada con el nº 4976/2005 y resuelta por STC nº 81/2010, de 3 de noviembre, EDJ 2010/251493.

²⁰² La STC nº 202/2009, de 27 de octubre, FJ 5, EDJ 2009/245539 indica que de este modo las partes podrán conocer las circunstancias del caso, situar el debate sobre la inconstitucionalidad de la norma en sus exactos términos constitucionales y pronunciarse al respecto.

²⁰³ Puesto que se privará a las mismas de la facultad de apreciar o impugnar su relevancia para el planteamiento de la cuestión. Véase al efecto la STC nº 164/2009, de 2 de julio, FJ 2, EDJ 2009/150418.

²⁰⁴ A pesar de esta afirmación, el TC remite para conocer cuál es su posición sobre la inconstitucionalidad basada en dichos preceptos a lo ya resuelto en la STC nº 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8, EDJ 2010/205564, que analiza pormenorizadamente el contenido del derecho a la vida familiar.

²⁰⁵ EDJ 2008/48144.

constitucional, por lo que, al haberse alegado la vulneración del art. 57.2 del CP con fundamento en el art. 8 del CEDH, lo rechaza.

Finalmente y, tras el fallo desestimatorio de la cuestión, expresaron su discrepancia al mismo, mediante voto particular, los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas, D. Javier Delgado Barrio y D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y D. Ramón Rodríguez Arribas.

1.5.1.3.2 Sentencias del Tribunal Constitucional nº 141/2008, de 30 de octubre²⁰⁶ y nº 115/2010, de 24 de noviembre de 2010²⁰⁷

Como ya adelanté al comienzo del epígrafe, se plantearon numerosas cuestiones de inconstitucionalidad relacionadas con la imposición obligatoria de la pena de alejamiento y que el TC, o bien, desestimó como la STC nº 115/2010, de 24 de noviembre o inadmitió a trámite, como la STC nº 141/2008, de 30 de octubre. La primera de ella se planteó por la Sección 4ª de la AP de Valladolid al considerar que la expresión “se acordará, en todo caso” recogida en el art. 57.2 del CP infringía diversos preceptos de la norma constitucional. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado coincidieron en indicar que las penas despliegan sus efectos sobre terceras personas, añadiendo este último, que el cumplimiento de las penas no se puede hacer depender de la voluntad de terceras personas, y ambos interesaron la desestimación de la cuestión planteada. El TC se remitió íntegramente al fallo emitido en la STC nº 60/2010, de 7 de octubre y desestimó la misma.

Por su parte la STC nº 141/2008, de 30 de octubre fue inadmitida por el Alto Tribunal, a pesar de su admisión inicial, al apreciar defectos formales en su planteamiento pues en la condena inicial al agresor, por un error material en la sentencia, no se impuso la pena de alejamiento al mismo, por lo que el TC consideró que no cabía pronunciarse sobre la constitucionalidad de la misma al no poder imponerse dicha pena en segunda instancia, por resultar contraria al principio de la *reformatio in peius*, del art. 24.1 de la CE.

²⁰⁶ EDJ 2008/196484.

²⁰⁷ EDJ 2010/265037.

1.5.2 Cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional planteadas en relación a los artículos 153.1 y 148.4 del Código Penal²⁰⁸

1.5.2.1 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 59 /2008, de 14 de mayo²⁰⁹.

1.5.2.1.1 Antecedentes

Fue promovida por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia²¹⁰, en relación con el art. 153.1 del CP por vulneración de la dignidad de la persona (art. 10 de la CE), de los derechos de igualdad (art. 14 de la CE) y a la presunción de inocencia (art. 24 de la CE). Sobre la importancia de esta sentencia hay que destacar que sentó precedente de las que se plantearon y resolvieron con posterioridad.

²⁰⁸ El art. 148 del CP señala que: *“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 1º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado. 2º si hubiere mediado ensañamiento o alevosía. 3º. Si la víctima fuera menor de doce años o incapaz. 4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. 5º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”*. El art. 153 del CP castiga a: *“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. 3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”*.

²⁰⁹ Acordada por el Pleno del TC, ponente Sala Sánchez, EDJ 2008/48144.

²¹⁰ Por auto de 29 de julio de 2005 y que da lugar a la cuestión de inconstitucionalidad nº 5939/2005.

El auto de planteamiento²¹¹ señala que el art. 153 del CP vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 de la CE al prever una pena discriminatoria por razón de sexo y ser contraria a la doctrina sentada por el TC que impide considerar al sexo como criterio diferenciador, según lo muestran las STC nº 28/1992, de 9 de marzo²¹², STC nº 76/1990, de 26 de abril²¹³ y la STC nº 253/2004, de 22 de diciembre²¹⁴, entre otras.

Según el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, el legislador español ha apostado por la acción positiva²¹⁵ a favor de las mujeres víctimas de violencia de género, pero sin que dicha respuesta permita comprender en qué medida puede contribuir a favorecer la

²¹¹ En el mismo se detalla el cumplimiento de los requisitos del art. 35.2 de la LOTC relativos al momento procesal oportuno (tras la conclusión del acto del juicio oral, de forma motivada y dando traslado a las partes), la concreción de la norma con rango de ley cuya constitucionalidad es cuestionada y los preceptos constitucionales supuestamente infringidos y el juicio de relevancia exigido por el TC.

²¹² Ponente De los Mozos y De los Mozos, EDJ 1992/2278.

²¹³ Ponente Leguina Villa, EDJ 1990/4435.

²¹⁴ Ponente Rodríguez-Zapata Pérez, EDJ 2004/196997. En la misma se concretan los rasgos esenciales del derecho de igualdad especificando que: 1) No toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 de la CE sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; 2) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento; 3) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados y; 3) para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (FJ 5). Además, según la STC nº 181/2000, de 29 de junio, EDJ 2000/13213, el principio de igualdad prohíbe al legislador *“configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria (FJ 10)”*.

²¹⁵ Según la STC nº 229/1992, de 14 de diciembre, EDJ 1992/12338 y que se puede definir como “un remedio corrector de pasadas injusticias que han recaído sobre grupos determinados, procurando una redistribución del empleo, la educación, los cargos públicos y otros bienes escasos, a favor de esos grupos, caracterizados normalmente por su raza, etnia o género, llegando a otorgarles un trato preferencial que facilite su acceso a esos bienes, como compensación a actuales o pretéritas discriminaciones dirigidas contra ellos, con la finalidad de procurar una distribución proporcionada de aquéllos”. También resulta de interés lo manifestado por LAURENZO COPELLO, P., “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 113 y ss.

igualdad de oportunidades cuando lo que se pretende por el intérprete constitucional es la eliminación de trabas para la mujer y un respeto a la misma a través de políticas de promoción y no de protección. Tampoco puede considerarse que la legislación actual sea una fórmula de compensación frente a las discriminaciones sufridas en el pasado por las mujeres pues convertiría al agresor actual en un heredero del “grupo opresor” del pasado contrario al principio de culpabilidad.

Tras emitir el juicio de relevancia²¹⁶, afirma que ni los datos estadísticos ni los fines preventivos de la norma justifican el aumento de la pena cuando la conducta se realiza por un varón y critica la “huída al derecho penal” elegida por el legislador al adelantar la barrera punitiva y castigar en todo caso, como delito, el maltrato ocasional.

Para el órgano proponente nos encontramos ante una recuperación del derecho penal de autor pues el hombre se convierte en un agresor cualificado, en todo caso, y con independencia de que realice o no la conducta opresora o discriminatoria.

Por último, el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia entiende que la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima puede dar lugar a una situación de superioridad por parte del agresor, y que a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual, no necesitaría ser probada, sino que bastaría con que el sujeto conociera que concurre, lo que vulneraría el derecho a la presunción de inocencia.

En definitiva, para el órgano judicial, la norma cuestionada hace una diferencia de trato en función del sexo del sujeto activo y pasivo sin que las distintas fundamentaciones analizadas para justificar esa diferencia de trato satisfagan los requisitos de los arts. 14, 24.2 y 10 de la CE, al no seguirse en el mismo un patrón objetivo y razonable. Los criterios de prevención general no justifican por sí solos la diferencia de trato por razón de sexo pues considera que la norma no tiene una vocación protectora de la mujer, ni la desigualdad puede justificarse acudiendo a la doctrina de la “acción positiva”. Si se pretendía perseguir con severidad el maltrato conyugal,

²¹⁶ La Magistrada discrimina del ámbito del juicio de proporcionalidad que realiza la agravación de la conducta, como violencia doméstica, introducida por el art. 153 del CP en relación con el ámbito personal del art. 173.2 del CP pues las objeciones al mismo fueron ya rechazadas por el ATC nº 233/2004, de 7 de junio, EDJ 2004/115623, ya analizado y tampoco se plantea la duda sobre la agravación adicional que pueda surgir en relación con la violencia conyugal o asimilada como efectuó el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica.

concluye que hubiera bastado agravar las penas sin hacer distinción del sexo de los sujetos activo y pasivo.

1.5.2.1.2 Posición del Ministerio Fiscal

El Fiscal General del Estado interesó la inadmisión de la cuestión planteada al entender que adolecía de defectos formales y era notoriamente infundada²¹⁷. Respecto al fondo del asunto señaló no estar de acuerdo con la discriminación punitiva que denuncia la Magistrada proponente al considerar que existe una indudable justificación a los elementos diferenciadores introducidos por el legislador en el art. 153 del CP cuestionado.

Para la Fiscalía, tanto las relaciones de pareja como el sexo de los integrantes de la misma no son realidades sociales neutrales sino que son objeto de diferentes condicionamientos socioculturales que se proyectan en su actuación delictiva y a la que el Estado debe dar una respuesta jurídica adecuada. En definitiva, ante realidades diferentes el legislador debe aportar soluciones también diferentes.

1.5.2.1.3 Traslado a los demás órganos legitimados e informe de la Abogacía del Estado

Tras el traslado a los demás órganos legitimados²¹⁸, el Abogado del Estado interesó la inadmisión de la cuestión planteada por defectos formales²¹⁹, al advertir que el juicio de relevancia efectuado por la Magistrada proponente era confuso y suscitaba dudas acerca de las objeciones efectuadas al precepto. En cuanto al fondo del asunto, no consideró que debiera vincularse de forma rígida la aplicación del precepto a una previa identificación de los sujetos intervinientes por razón de sexo, como se efectúa en el auto

²¹⁷ Entre los defectos advertidos destaca la falta de precisión del precepto supuestamente contrario a la CE en el trámite de alegaciones, lo que provocó que el letrado del acusado no se pronunciara correctamente al respecto.

²¹⁸ En los términos del art. 37.2 de la LOTC.

²¹⁹ En concreto, por incumplimiento de los requisitos a los que hace referencia el art. 35.2 de la LOTC pues del acta de la sesión de juicio oral se deducía, según el mismo, que la juzgadora concedió un plazo de diez días para que las partes y el Ministerio Fiscal pudieran formular alegaciones pero sin indicar la duda de constitucionalidad ni el precepto constitucional infringido, limitándose tan sólo a mencionar los arts. 10.1, 14 y 24 de la CE y aunque la posterior providencia de 22 de julio de 2005 sí que mencionaba el art. 153.1 del CP no subsanaba los defectos anteriores pues se limitaba a reiterar la decisión adoptada en el juicio oral.

de planteamiento, y rechazó que el art. 153.1 fuera discriminatorio por razón de sexo, al admitir que la víctima del mismo pudiera ser tanto un hombre como una mujer.

Respecto los demás preceptos constitucionales supuestamente vulnerados, el Abogado del Estado entiende que el órgano judicial promotor no efectúa una argumentación específica sobre el art. 24.2 de la CE, mientras que el art. 10 de la CE aparece aludido indirectamente por la relación que se hace en el art. 153.1 entre la mujer y la persona especialmente vulnerable.

1.5.2.1.4 Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

El TC niega que exista el defecto de forma denunciado tanto por el Abogado del Estado como por el Ministerio Fiscal²²⁰ y señala que aunque la titular del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia no se refirió expresamente al art. 153.1 del CP, lo cierto es que ese precepto era el único en que se basaban las calificaciones del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, por lo que, el trámite de audiencia cumplió el doble objetivo previsto en la ley: garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, y poner a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso.

Según el TC la duda suscitada por el órgano judicial promotor de la cuestión se centra en su posible inconstitucionalidad a la vista de que, en su interpretación del precepto y en comparación con el art. 153.2 del CP, se establece un trato punitivo diferente en función del sexo del sujeto activo y pasivo de dicho delito, que podría ser constitutivo de una discriminación prohibida en el art. 14 de la CE y de una vulneración del principio de culpabilidad y efectúa dos puntualizaciones respecto del art. 153.1 del CP: la primera, que el sujeto activo del tipo penal del art. 153.1 del CP también puede serlo una mujer y, segunda, que además de la mujer como sujeto pasivo del delito, se incluye también la agresión a “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, donde no existe restricción alguna en el sexo del sujeto activo.

²²⁰ Ambos denunciaron en sus respectivos informes que en el trámite de alegaciones no se especificaba por el órgano judicial promotor ni la duda de constitucionalidad ni se concretaba el precepto sobre el que versaba la misma.

Respecto a la posible inconstitucionalidad del art. 153.1 del CP, por su posible vulneración del art. 14 de la CE, el TC señala de conformidad con su doctrina sentada sobre dicho precepto²²¹, que el mismo acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación.

Sobre del principio de igualdad, según el TC, se recoge una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley por el que se admite “*el derecho de todos los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas*”²²². Según la STC nº 222/1992, de 11 de diciembre²²³ el legislador está limitado por una triple exigencia en virtud del principio de igualdad: 1) que las diferencias normativas que establezca habrán de mostrar un fin discernible y legítimo; 2) que tendrán que articularse en términos no inconsistentes con tal finalidad y; 3) que deberán no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas²²⁴.

En lo concerniente a la prohibición de discriminación, el art. 14 establece una serie de motivos o razones concretos por los que se prohíbe la discriminación sin que dicha lista pueda considerarse cerrada²²⁵ puesto que el precepto tan sólo se limita a recoger determinadas diferencias históricamente muy arraigadas, tanto por la acción de

²²¹ Sintetizada en la STC nº 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, EDJ 32232 y posteriormente en las STC nº 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4, EDJ 2002/1523; STC nº 214/2006, de 3 de julio, FJ 2, EDJ 2006/105182; STC nº 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, EDJ 2007/1020 y STC nº 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, EDJ 2007/205904.

²²² Según se recoge en el FJ 4 de la STC nº 200/2001, de 4 de octubre, EDJ 2001/32232.

²²³ EDJ 1992/12237.

²²⁴ También se puede acudir a la STC nº 155/1998, de 13 de julio, fundamento de derecho 6º, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1998/10013 y a la STC nº 180/2001, de 17 de septiembre, fundamento de derecho 3º, ponente Jiménez Sánchez, EDJ 2001/29647.

²²⁵ Según lo dispuesto en la STC nº 75/1983, de 3 de agosto, fundamento de derecho 6º, ponente Escudero del Corral, EDJ 1983/75.

los poderes públicos como por la práctica social, y que son contrarias a la dignidad de la persona prevista en el art. 10.1 de la CE²²⁶.

El TC centra el estudio de la constitucionalidad del art. 153.1 del CP, en examinar si el legislador ha respetado los límites externos impuestos por el principio de igualdad y, en particular, *“la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”*, conforme las STC n° 55/1996, de 8 de marzo, FJ 6²²⁷; STC n° 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9²²⁸ y STC n° 136/1999, de 20 de julio, FJ 23²²⁹.

El principio de igualdad del art. 14 de la CE exige que el tratamiento diferenciado ante supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no produzca consecuencias desproporcionadas. La razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada que se produce entre los arts. 153.1 y 153.2 del CP, no sólo requiere justificar la legitimidad de su finalidad sino también su adecuación a la misma que incluya, entre sus factores, una delimitación de los sujetos activos y pasivos del tipo.

Según el TC²³⁰ la diferencia punitiva se justifica en que las agresiones del varón hacia la mujer, que es o que fue su pareja afectiva, tienen una gravedad mayor porque corresponden a un arraigado tipo de violencia basado en una manifestación de la discriminación, en una situación de desigualdad y en una relación de poder de los hombres sobre las mujeres y diferencia punitiva no resulta reprochable cuando el agresor actúe bajo una pauta de desigualdad en el ámbito de la pareja. Para el TC ese mayor desvalor añadido, que se produce cuando el agresor actúa conforme a una pauta de desigualdad, genera gravísimos daños a la mujer y no sólo de los derivados en el uso de la violencia sino también en su seguridad, por el temor a ser agredida nuevamente, en

²²⁶ STC n° 128/1987, de 16 de julio, fundamento de derecho 5º, ponente López Guerra, EDJ 1987/128; STC n° 166/1988, de 26 de septiembre, fundamento de derecho 2º, ponente Vega Benayas, EDJ 1988/482 y STC n° 145/1991, de 1 de julio, Fundamento de derecho 2º, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1991/7121.

²²⁷ EDJ 1996/976.

²²⁸ EDJ 1997/5477.

²²⁹ EDJ 1999/14094.

²³⁰ Fundamento jurídico 9, apartado A, de la sentencia.

su libertad, porque la conducta discriminatoria agresiva sufrida por la mujer restringe sus posibilidades de actuación libre y, en su dignidad, en cuanto que la agresión la hace sentir inferior.

Por otra parte, para considerar constitucional esa desigualdad punitiva es necesario que la misma no produzca consecuencias desproporcionadas, por lo que habrá que analizar la diferencia de trato que ocasiona y la finalidad perseguida por la norma. Se habla de desproporción reprochable (conforme al principio de igualdad) entre los supuestos diferenciados *“cuando quepa apreciar entre ellos un desequilibrio patente y excesivo o irracionable a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”* según señalan las STC n° 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9, STC n° 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12 y STC n° 136/1999, de 20 de julio, FJ 23²³¹.

Según el TC, a la vista del trato punitivo previsto en el art. 153, no cabe hablar de consecuencias desproporcionadas y desequilibrio patente pues la diferencia punitiva que se produce entre el art. 153.1 y el art. 153.2 del CP queda reducida a tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena, teniendo en cuenta además que esta diferencia punitiva es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y que, el art. 153.4 del CP incorpora la posibilidad de imponer la pena inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”; debiéndose destacar, por último, que en el caso de que la agresión se produzca entre cónyuges, ex cónyuges o relaciones análogas entre sujetos convivientes distintos a los del primer inciso del art. 153.1 del CP y la víctima sea una persona especialmente vulnerable, dicha agresión será penada del mismo modo que la agresión del varón hacia quien es o fue su pareja femenina, que cabría entender de mayor desvalor.

Por último, el TC cuestiona dos alegaciones a la luz del principio de culpabilidad penal. La primera, si en las agresiones del hombre a la mujer en el ámbito de una relación afectiva concurre una intención discriminatoria, de superioridad o de vulnerabilidad y la segunda, si se está atribuyendo al hombre una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor. A ambas responde negativamente. Sobre la primera indica que lo que está haciendo el legislador es

²³¹ EDJ 1996/976; EDJ 1997/5477 y EDJ 1999/14094 respectivamente.

apreciar un mayor desvalor y gravedad propios de las conductas descritas en relación con las que tipifica en el apartado siguiente. No considera que se trate de una especial vulnerabilidad de la mujer, entendida como mayor susceptibilidad de ser agredida o de padecer un daño, sino que el legislador aprecia una mayor gravedad o reproche en ciertas agresiones que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron pues las mismas se producen en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados que producen graves consecuencias: inseguridad, intimidación y menosprecio.

Tampoco admitió la segunda objeción pues concluyó que si la CE consagra el principio de culpabilidad como una estructura básica del derecho penal, ello conlleva que la responsabilidad penal es personal y subjetiva y no cabe imponer sanciones por el mero resultado sin tener en cuenta la conducta dolosa, culpable o negligente del sujeto.

En base a todas las consideraciones anteriores, el TC desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada pero sin alcanzar unanimidad entre sus Magistrados pues se emitieron cuatro votos particulares a la misma.

1.5.2.1.5 Votos particulares emitidos a la sentencia

Prácticamente todos los votos particulares emitidos coinciden en que al tratarse de una sentencia interpretativa no se especifica en la misma cual es la interpretación constitucional que habría que dar al art. 153.1 del CP y que la misma introduce un elemento finalista no previsto por el legislador contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

- Voto particular del Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Este Magistrado, a pesar de admitir la constitucionalidad del art. 153.1 del CP y de justificar la penalidad agravada que recoge el precepto en la necesidad de combatir las agresiones que se estaban produciendo, señala que no incluir el elemento finalista dentro del art. 153.1 del CP refleja un desconocimiento del objeto de la LIVG²³², lo que puede ser contrario a los principio de taxatividad y de seguridad jurídica.

²³² Y que según el art. 1.1 de la LIVG es “actuar contra la violencia que como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”.

El Magistrado entiende que nos encontramos con una sentencia interpretativa de rechazo²³³, pero que no se especifica cuál debe ser la interpretación conforme a la Constitución que debe seguirse y que si se acude al verdadero sentido y alcance de la LIVG, lo que se pretende castigar es la actitud machista del varón manifestado en un maltrato ocasional, o no, a la mujer, y no tanto el menoscabo, físico o psíquico, producido²³⁴; sin que se pueda extraer la presunción de que todo maltrato cometido por un hombre contra una mujer, con la que tiene o ha tenido una relación de afectividad, sea una manifestación de sexismo, pues resulta contrario al principio de presunción de inocencia del art. 24 de la CE²³⁵.

- Voto particular del Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas

El mismo explica en su voto particular que de la lectura del art. 153.1 del CP no puede extraerse que la mujer, como sujeto pasivo del delito, deba ser considerada una “persona especialmente vulnerable” pues iría en contra de la dignidad de la persona del art. 10.1 de la CE, como ya expuso la Magistrada proponente de la cuestión. Sigue diciendo que si se analiza dicho precepto centrándose sólo en que la víctima ha de ser una mujer relacionada sentimentalmente con el agresor, resulta imposible salvar la constitucionalidad de dicho precepto, por lo que, en la sentencia se llegó a la solución de hacer una interpretación finalista del art. 153. 1 del CP pero sin dejar de resolver el

²³³ Consistente en que en la misma se declara la constitucionalidad del precepto cuestionado pero siempre y en la medida en que dicho precepto se interprete en el sentido que el Tribunal considera adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido o sentidos que considera inadecuados, según se desprende del fundamento jurídico cuarto de la misma cuando dice que “*la duda de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia en relación con el enunciado del art. 153.1 del CP conduciría, en efecto a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho Juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal*”.

²³⁴ La consecuencia lógica que se desprende de lo explicado en este punto sería que para admitir la constitucionalidad del art. 153.1 del CP sería considerar que no sólo se castiga con este artículo el maltrato de un hombre sobre una mujer cuando existe o ha existido una relación de afectividad entre ambos sino que existe “un plus”, según se deduce de la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que justifica el diferente trato penológico y que consiste en la situación de desigualdad, sometimiento y dominación a la que se ha sometido a las mujeres en el pasado. Como en el art. 153.1 no se incluye el elemento finalístico de la conducta del autor cabrían dos soluciones: o bien considerar que dicho elemento está implícitamente incluido en el art. 153.1 del CP (como una presunción iuris et de iure de machismo en todo maltrato de un hombre a una mujer con la que existe o existió relación de afectividad) o bien habría que incluir dentro del tipo penal el elemento finalista para garantizar la constitucionalidad del precepto.

²³⁵ Según el mismo, admitir lo contrario supondría un plus de culpa derivada de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que precedieron al agresor como si de un “pecado original” se tratara.

problema de la afectación del principio de legalidad y taxatividad penal del art. 25 de la CE, algo con lo que no está conforme.

- Voto particular del Magistrado D. Javier Delgado Barrio

Según este Magistrado, de la lectura del fallo de la sentencia parece desprenderse la constitucionalidad del art. 153.1 cuando, según él, no lo es y sólo se salva de la calificación de inconstitucional por la introducción de un elemento finalista incluido por la sentencia y que el legislador no previó²³⁶, lo que hace necesario analizar si se han respetado las garantías de la predeterminación normativa del art. 25 de la CE. Los principios de seguridad jurídica y de publicidad de las normas exigen que el nuevo elemento introducido se haga ostensible en el fallo²³⁷, algo más que necesario en el caso presente pues la incorporación de ese elemento finalista deriva de un contexto y de una finalidad que no resultan del Código Penal sino de la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

- Voto particular del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

En la misma línea este Magistrado afirma que al tratarse de una sentencia interpretativa se debió haber actuado como en la STC nº 24/2004, de 24 de febrero²³⁸ e introducir en el fallo la interpretación constitucionalmente aceptable para no provocar inseguridad jurídica.

Señala que toda la sentencia se basa en la afirmación de que las conductas tipificadas en el art. 153.1 del CP tienen un mayor desvalor y una mayor gravedad que las conductas penadas en el art. 153.2 del CP, y discrepa de esta afirmación pues la mayor frecuencia de agresiones producidas por varones determinará que aquellos sean más frecuentemente sancionados pero no le parece constitucionalmente aceptable que la

²³⁶ Así, en el Fundamento de Derecho noveno, apartado a, se dice que *“las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otra en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”*.

²³⁷ Según el FJ 5 de la STC nº 283/2006, de 9 de octubre, ponente Delgado Barrio, EDJ 2006/281234.

²³⁸ Ponente Pérez Vera, EDJ 2004/5420 relacionada con el art. 563 del CP y en la que se introdujo una interpretación conforme a la CE del mismo para salvar su constitucionalidad.

gravedad de la conducta y la intensidad de su sanción se decidan en atención al sexo del autor y de la víctima²³⁹.

Concluye que la sentencia introduce un nuevo elemento del tipo basado en el mayor desvalor de la conducta realizada por el varón, que no consta ni explícitamente ni implícitamente en el tipo penal, por lo que no puede ser tenido en cuenta al enjuiciar la constitucionalidad del tipo pues se iría más allá de los límites del art. 25 de la CE.

1.5.2.1.6 Opinión doctrinal y crítica personal

La misma división que se observa entre los Magistrados del TC también se aprecia en la doctrina a la hora de analizar esta sentencia.

Los que se felicitan por esta sentencia expresan razones diversas para apoyar el fallo del TC así, COMAS D'ARGUEMIR²⁴⁰ entiende que la diferencia punitiva recogida en el art. 153.1 del CP no lo es tanto por razón de sexo sino como medida combativa de este fenómeno criminal.

LARRAURI PIJOÁN²⁴¹ aporta un enfoque diferente, con el que me identifico, al afirmar que la mayor pena prevista para el hombre en el art. 153.1 del CP se justifica por dos motivos: 1) por el mayor temor que supone la agresión del hombre, y 2) por la mayor posibilidad de que se produzca un resultado lesivo, y critica el término “agresiones mutuas” pues podría entenderse que los comportamientos realizados por el hombre y la mujer tienen igual desvalor, cuando en términos de temor y de probabilidad de lesión, no son idénticos, resultando además, que en muchos casos la agresión a la mujer se produce en un contexto que socialmente la hace más vulnerable.

Yo añadiría una razón más a las dos señaladas por la autora para defender esta postura. Para mí el reparto de roles que se da entre los miembros de la pareja hace que no pueda ser lo mismo una agresión o un acto de violencia procedente de un hombre

²³⁹ Según el Magistrado firmante del voto particular tanto la dignidad, la libertad y la integridad corporal de los hombres está al mismo nivel de protección que la dignidad, la libertad y la integridad corporal de las mujeres.

²⁴⁰ COMAS D'ARGEMIR, M., “El Tribunal Constitucional lo ha dejado claro” en www.elpais.com/diario/2008/05/31/opinion/1212184805_850215.html, última consulta el 2 de marzo de 2015.

²⁴¹ LARRAURI PIJOÁN, E., “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, Madrid, 2009, págs. 44 y 45.

que de una mujer pues en virtud del mismo, ésta adopta o se le impone una situación de subordinación respecto del hombre con lo que su capacidad de defensa se encuentra reducida. Poco tiene que ver que la mujer mida 1,80 m o sea cinturón negro de judo, como señalaba el profesor GIMBERNAT²⁴², pues la dominación se materializa de una forma principalmente psicológica. ¿Acaso una mujer de esas características no podría ser nunca víctima de una agresión o de un acto de violencia de género por su marido o pareja? En mi opinión responder negativamente a esta cuestión supondría identificar en la violencia de género un único bien jurídico protegido: la integridad física cuando lo cierto es que están presentes muchos bienes dignos de protección, no sólo la integridad física sino también la integridad moral, la paz familiar...etc, porque el no tener capacidad de defenderse frente a un acto de violencia tiene que ver no sólo con la aptitud física del que la sufre sino también con el estado de ánimo que le provoca dicho acto y de quién procede.

Aunque ALÁEZ CORRAL²⁴³ valora positivamente esta sentencia, pues señala que lo que realiza el TC es utilizar el sexo, no como fundamento del trato penal diferenciado, sino como un criterio legal de diferenciación, al igual que sucede en otros países, como por ejemplo, Suecia, admite que la misma no deja clara su propia naturaleza.

FARALDO CABANA²⁴⁴ no solo defiende la constitucionalidad del art. 153.1 del CP sino que considera que la diferenciación penológica que recoge el mismo ha sido una práctica habitual a lo largo de la codificación española y cita como ejemplos, entre otros, los delitos cometidos por funcionarios públicos.

²⁴² GIMBERNAT ORDEIG, E., *La violencia de género ante el TC*, Diario El Mundo, Año XVIII, nº 6755, 16 de junio de 2008, <http://reggio.wordpress.com/2008/06/16/la-ley-de-violencia-de-genero-ante-el-tribunal-constitucional-de-enrique-gimbernate-en-el-mundo/>, última visita 2 de marzo de 2015.

²⁴³ REY MARTÍNEZ, F.; ALÁEZ CORRAL, B.; RUÍZ MIGUEL, A., y FARALDO CABANA, P., “Protección penal desigual y violencia de género”, en HUERTA TOCILDO, S. y PÉREZ MANZANO, M., (Dir.), *Cuestiones Actuales de la Protección de la Vida y la Integridad Física y Moral*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 159 a 166 y ALÁEZ CORRAL, B., “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal diferenciado: A propósito de la STC 59/2008”, *Aranzadi Tribunal Constitucional. Revista de Actualización*, Navarra, 2008, págs. 13 y ss.

²⁴⁴ REY MARTÍNEZ, F.; ALÁEZ CORRAL, B.; RUÍZ MIGUEL, A., y FARALDO CABANA, P., “Protección penal desigual...”, ob. cit., pág. 167-168.

Para ACALE SÁNCHEZ²⁴⁵, a pesar de que el TC se empleó con absoluta destreza en dicha sentencia, las dudas sobre la constitucionalidad del precepto siguen abiertas pues lo que parece justificar el diferente trato penológico es el bien jurídico integrado en el contexto social e histórico de la violencia que sufren las mujeres en las relaciones de pareja sin olvidar que el endurecimiento de las penas a las que acudió el legislador no es un medio idóneo para acabar con el machismo imperante en la sociedad.

En la otra vertiente encontramos a numerosos autores que discrepan con el fallo del TC y que, con independencia de lo resuelto, entienden que el diferente trato penológico previsto en el art. 153.1 del CP es contrario al art. 14 de la CE, al principio de proporcionalidad de las penas o que supone adentrarnos en el llamado “derecho penal de autor”. Así, para REY MARTÍNEZ²⁴⁶, por muy abominable que haya sido el delito cometido por el agresor no podemos dejar de lado sus derechos fundamentales y, según el mismo, el TC parece no querer enfrentarse a un estricto juicio de proporcionalidad pues en la sentencia no razona con seriedad los requisitos de razonabilidad de la finalidad, idoneidad e indispensabilidad de la pena.

GIMBERNAT ORDEIG²⁴⁷ no tiene reparos en admitir abiertamente que esta sentencia lesiona principios esenciales del Estado de Derecho y del Derecho Penal democrático y critica que cualquier vía de hecho ejecutada por un hombre sobre una mujer se conciba como una manifestación de desigualdad.

GONZÁLEZ CUSSAC²⁴⁸ considera que el TC resuelve de forma incongruente la sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo, pues si bien en el fallo declara la constitucionalidad del art. 153.1 del CP, en sus fundamentos jurídicos efectúa una interpretación restrictiva del mismo lo que provoca inseguridad jurídica y da cobertura a interpretaciones dudosamente compatibles con los derechos fundamentales.

²⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, REDUR 7, diciembre 2009, pág. 71.

²⁴⁶ REY MARTÍNEZ, F.; ALÁEZ CORRAL, B.; RUÍZ MIGUEL, A., y FARALDO CABANA, P., “Protección penal desigual...”, ob. cit., pág. 135 y 139.

²⁴⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E., *La violencia de género ante el TC*, Diario El Mundo, Año XVIII, nº 6755, 16 de junio de 2008, <http://reggio.wordpress.com/2008/06/16/la-ley-de-violencia-de-genero-ante-el-tribunal-constitucional-de-enrique-gimbernate-en-el-mundo/>, última visita 2 de marzo de 2015.

²⁴⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La doctrina constitucional en materia de delitos de violencia de género”, *Colección Cuadernos Digitales de formación*, 2008, págs. 76 y ss.

En una línea similar POLAINO-ORTS²⁴⁹, para quien la falta de necesidad de prueba del ataque a la dignidad de la mujer en este tipo de delitos, determina que la reacción penal contemplada en los mismos sea desproporcionada y la sitúa en un plano propio del derecho penal del enemigo actuando como una presunción *iuris et de iure* que es discriminatoria, desigual y antigarantista.

CORDOY BIDASOLO²⁵⁰ califica de inadmisibile la STC nº 59/2008, de 14 de mayo y no porque declare constitucional el art. 153.1 del CP sino por los argumentos que utiliza pues, para ella, el hecho de ser mujer no debe justificar, en todo caso, una necesidad de protección ni el principio de culpabilidad permite hacer responsable a una persona de injusticias pasadas.

Para CABRALES LUCIO²⁵¹ las buenas intenciones del TC no pueden pasar por alto el principio de igualdad que sin duda se ve afectado.

En mi opinión, las normas deben tener en cuenta el contexto y realidad social del momento en el que se dictan, según lo dispuesto en el art. 3.1 del Cc²⁵² y no se puede obviar la realidad tan terrible que existía y, que aún existe, de un alto índice de muertes y de agresiones en el seno de la pareja, precisamente para paliar dicha situación se introdujo la LO 1/2004, de 28 de diciembre y como señala la Exposición de Motivos de la mencionada ley, *“los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y no discriminación proclamados en nuestra Constitución”*, y corresponde a esos poderes públicos, por mandato del art. 9.2 de la CE, *“la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y*

²⁴⁹ POLAINO-ORTS, M., “La legitimación constitucional de un Derecho Penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer”, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 3, Barcelona, 2008, pág. 33.

²⁵⁰ CORDOY BIDASOLO, M., “Problemática jurídico-penal y jurídico-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso (Chile), 2010, pág. 317

²⁵¹ CABRALES LUCIO, J.M., “¿Deferencia al legislador o activismo en el control de la ley? Comentario a la Sentencia nº 59/2008, del 14 de mayo del Tribunal Constitucional español”, *Gaceta Constitucional*, nº 16, págs. 419 a 424.

²⁵² En el mismo se señala que *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*.

efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud". Entre dichas medidas está precisamente la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

El TC, en su función de legislador negativo, ha resuelto que el art. 153.1 del CP es conforme a la CE, en atención a ese contexto social de agresiones que se han venido desarrollando en un contexto de desigualdad, de discriminación y de relaciones de poder del varón sobre la mujer y que, desgraciadamente aún hoy en día no están superadas.

No considero necesario, para salvaguardar el principio de seguridad jurídica del art. 25 de la CE, que se incluya expresamente en el fallo de la sentencia una interpretación "integradora" del art. 153.1 del CP conforme al contexto social en el que se dictó la LO 1/2004, de 28 de diciembre, y que introdujo el precepto cuestionado, puesto que creó tal alarma social que no puede ser desconocido o ignorado por ningún aplicador jurídico²⁵³ y en todo precepto está latente el espíritu del legislador que condujo a su nacimiento.

Como se ha apuntado en algún voto particular a esta sentencia, la dignidad, la libertad y la integridad corporal son derechos que deben ser iguales para todos pero aún así, a lo largo del articulado del CP observamos como, en atención a la especial esfera de protección que merece la víctima, se hacen diferencias penológicas, véase a modo de ejemplo los tipos penales recogidos en el Título XXI, Capítulo II del libro II del CP; arts. 485 a 491²⁵⁴, en los que se tipifica de forma diferente y más graves, la muerte, las lesiones, la detención ilegal, las coacciones, el allanamiento y las calumnias e injurias contra el Rey, cualquiera de sus ascendientes o descendientes, la Reina consorte o el consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona; o, por ejemplo, los tipos penales recogidos en el Título XXIV del CP, arts. 605 y siguientes²⁵⁵ sin que se haya discutido su constitucionalidad en atención al diferente trato penológico que recogen en atención a que nadie discute que

²⁵³ No hay que olvidar que, en derecho, un hecho notorio al ser absolutamente conocido por todos no necesita prueba que lo demuestre, según lo dispuesto en el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv, en adelante) que señala que "*no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*".

²⁵⁴ Que lleva como rúbrica "Delitos contra la Corona".

²⁵⁵ Bajo la rúbrica "Delitos contra la Comunidad Internacional", en los que se castigan conductas delictivas más gravemente en atención a especiales cualidades que concurren en las víctimas de estos delitos, por ejemplo, el ser un Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida, o cuando el ataque se dirige contra un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes... etc.

no es lo mismo cometer un acto delictivo en circunstancias “de normalidad social” que, por ejemplo, con ocasión de un conflicto armado. Todo lo anterior conduce a afirmar que si bien es cierto que los derechos constitucionales aludidos anteriormente deben ser igualmente protegidos y reconocidos para todos, existen circunstancias plenamente admisibles en derecho que llevan a un grado diferente de protección penológica y el incluir o no las mismas para conseguir una interpretación conforme a la CE en el fallo de la sentencia, según señalan algunos Magistrados, no va a ser, en mi opinión, más que algo reiterativo cuando dicho precepto se haya incluido en una ley que se denomina “de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”. Entre esas circunstancias que justifican el diferente trato penológico del precepto cuestionado está la diferente amenaza social que representan el hombre y la mujer, llegando incluso a ser calificada de “terrorismo en la intimidad”²⁵⁶ pues no cabe esperar de ésta, la misma actitud lesiva²⁵⁷ ni la misma motivación delictiva que en el primero²⁵⁸, por lo que, en atención a lo anterior, puedo concluir que para hacer frente a una y otra, es perfectamente admisible suministrar una respuesta penológica distinta.

Comparto plenamente la constitucionalidad del precepto cuestionado y el fallo de la sentencia. A mi entender, proceder a la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico sólo debe ser la ultima ratio, el último recurso al que hay que llegar cuando no quepa de modo alguno su acomodamiento al ordenamiento jurídico, lo cual no considero que se produzca en este caso por los motivos expuestos.

1.5.2.2 Otras cuestiones de inconstitucionalidad admitidas en relación al artículo 153 del Código Penal

Tras la STC nº 59/2008, de 14 de mayo, el TC resolvió otras posteriores planteadas en relación con el art. 153.1 del CP, y todas con el mismo resultado desestimatorio, pues el Alto Tribunal se remitió a los pronunciamientos recogidos en la citada sentencia. Vamos a examinar algunas de ellas.

²⁵⁶ JOHSON, M.P., “Control and violence in intimate relationships”, en *A typology of Domestic Violence, Intimate Terrorism, Violent Resistance and Situational Couple Violence*, Northeastern University Press, New England (USA), Maryland, 2008, págs. 5 a 47, (la traducción es propia).

²⁵⁷ DOBASH, R.; DOBASH R.E.; WILSON, M. y DALY, M. “The Myth of Sexual Symmetry in Marital Violence” en RENZETTI, C.M. y KENNEDY BERGEN, R., *Violence Against Women*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 2005, págs. 31 y ss.

²⁵⁸ JOHSON, M.P., “Control and violence in intimate...”, ob cit, pág. 2, en donde se recoge la violencia a la mujer como forma de control de ésta.

1.5.2.2.1 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 81 /2008, de 17 de julio²⁵⁹

Esta sentencia dio respuesta a las diversas cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Albacete²⁶⁰ por la posible contradicción del art. 153.1 del CP con los arts. 1.1, 9.2, 10.1, 14, 17, 24.2 y 25.1 de la CE. El órgano judicial plantea sus dudas sobre la constitucionalidad de la norma en cuatro bloques:

El primero de ellos, por la posible contradicción con el principio de igualdad en relación con los valores de libertad, la dignidad de la persona y justicia de los arts. 1.1, 10.1 y 14 de la CE, al considerar que el art. 153.1 del CP pone en práctica una acción positiva que supone una discriminación negativa del hombre sobre la mujer, al atribuir, en atención al diferente trato punitivo, más valor a los bienes “integridad física o psíquica” y “libertad” de la mujer que a los del hombre; y establecer la presunción *iuris et de iure* de que la mujer es una persona especialmente vulnerable.

²⁵⁹ Ponente Delgado Barrio, EDJ 2008/131243.

²⁶⁰ En la sentencia se mencionan treinta y dos que se acumularán al presente y que son los planteados por medio de auto de 11 de noviembre de 2005 (juicio rápido 431/2005) con nº de registro 8992/2005; auto de 5 de diciembre de 2005 (juicio rápido 465/2005) con nº de registro 768/2006; auto de 9 de febrero de 2006 (juicio rápido 12/2006) con nº de registro 4574/2006; auto de 14 de febrero de 2006 (juicio rápido 2/2006) con registro nº 4575/2006; auto de 22 de marzo de 2006 (procedimiento abreviado 569/2005) y registro nº 4998/2006; auto de 24 de marzo de 2006 (procedimiento abreviado 56/2006) con registro nº 6035/2006; auto de 17 de abril de 2006 (juicio rápido 131/2006) y registrado con nº 6438/2006; auto de 24 de marzo de 2006 (procedimiento abreviado 55/2006) y con nº de registro 7229/2006; auto de 8 de junio de 2006 (procedimiento abreviado 198/2006) y registrado con nº 8199/2006; auto de 28 de julio de 2006 (juicio rápido 332/2006) y registro nº 8261/2006; auto de 28 de julio de 2006 (procedimiento abreviado 161/2006) y registro nº 8966/2006; auto de 19 de octubre de 2006 (juicio rápido 387/2006) y registro nº 10596/2006; auto de 30 de octubre de 2006 (juicio rápido 430/2006) y registrado con nº 10661/2006; auto de 20 de diciembre de 2006 (procedimiento abreviado 303/2006) y con registro nº 47/2007; auto de 18 de septiembre de 2006 (juicio rápido 409/2006) registro nº 1218/2007; auto de 2 de enero de 2007 (procedimiento abreviado 351/2006) registrado con nº 1219/2007; auto de 15 de marzo de 2007 (juicio rápido 81/2007) y con nº de registro 2922/2007; auto de 30 de abril de 2007 (procedimiento abreviado 406/2006) registrado con nº 4616/2007; auto de 23 de abril de 2007 (juicio rápido 165/2007) y registro nº 4763/2007; auto de 2 de mayo de 2006 (procedimiento abreviado 413/2006) y registro nº 4815/2007; auto de 5 de junio de 2007 (juicio rápido 295/2007) con nº de registro 5924/2007; auto de 4 de junio de 2007 (procedimiento abreviado 443/2006) y registrado con nº 5925/2007; auto de 29 de junio de 2007 (juicio rápido 215/2007) y registrado con nº 6360/2007; auto de 13 de julio de 2007 (procedimiento abreviado 347/2007) y nº registro 6662/2007; auto de 2 de julio de 2007 (juicio rápido 375/2007) y registro nº 6663/2007; auto de 18 de octubre de 2007 (juicio rápido 497/2007) registrado con nº 8622/2007; auto de 12 de noviembre de 2007 (juicio rápido 555/2007) registrado con nº 9318/2007; auto de 2 de noviembre de 2007 (juicio rápido 578/2007) registro nº 9368; auto de 12 de noviembre de 2007 (procedimiento abreviado 20/2007) registrado con nº 9423/2007; auto de 2 de noviembre de 2007 (juicio rápido 518/2007) registrado con nº 9424/2007 y auto de 23 de enero de 2008 (juicio rápido 717/2007) con nº de registro 1037/2007.

El segundo, en torno a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, por presumir que la violencia del hombre sobre la mujer constituye una manifestación de discriminación.

El tercero, pues al utilizar el término indeterminado “persona especialmente vulnerable” se opone al principio de *lex certa* y al principio de legalidad y el último; referido a la vulneración del art. 9 de la CE, pues la promoción de las condiciones para garantizar la igualdad no son posibles a través de dicho artículo pues crea una situación de desigualdad ante la ley.

Como ya adelantaba al principio del epígrafe, el TC se remite casi íntegramente a lo ya resuelto en la Sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo y desestima todas las cuestiones planteadas. En primer lugar, entiende que el art. 153.1 no concibe que la mujer sea con exclusividad la persona “especialmente vulnerable” a que se refiere el tipo penal, sino que puede serlo cualquiera que conviva con el autor y además, niega que con dicho término se provoque indeterminación punitiva pues la pena delimita, con precisión, los tiempos máximos y mínimos de su duración.

En segundo lugar, descarta también que se vulnere el art. 9.2 de la CE al entender que la diferenciación normativa la basa el legislador al querer castigar más duramente unas agresiones que considera que son más graves en el contexto en el que se producen²⁶¹ y que, por tanto, están justificadas por la legitimidad del fin perseguido por la norma (en este caso el legislador ha considerado insuficientemente protegidos determinados bienes jurídicos de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja) y por su funcionalidad para la legítima finalidad perseguida (basado en considerar razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las agresiones del hombre hacia la mujer con la que existe o existió una relación de afectividad).

En atención a la escasa diferencia punitiva de las penas privativas de libertad del art. 153.1 del CP y a la existencia de penas alternativas a la misma, descarta que ello entrañe una desproporción que vulnere el principio de igualdad del art. 14 de la CE.

²⁶¹ La doctrina ya consolidada y recogida también en la STC nº 59/2008, de 14 de mayo ya estudiada, exige que el tratamiento diferenciados de supuesto de hechos iguales debe tener una justificación objetiva, razonable y que no provoque consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por el legislador.

Respecto a la infracción del principio de culpabilidad, la sentencia señala, en su fundamento de derecho cuarto, que el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta del varón sino que aprecia un mayor desvalor y gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica en el apartado siguiente.

Por último, el TC niega que el art. 153.1 del CP conciba a la mujer como “una persona especialmente vulnerable en cualquier caso” y al varón como un “maltratador nato”, pues señala que el legislador aprecia la gravedad de los hechos a partir del contexto afectivo en el que se producen.

1.5.2.2.2 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 41 /2010, de 22 de julio²⁶²

La doctrina sentada tanto por esta sentencia como por la STC nº 45/2010, de 28 de julio serán las que sirvan de base para la decisión de las demás cuestiones que se vuelvan a plantear sobre la constitucionalidad del art. 148.4 del CP.

El Juzgado de lo Penal nº 2 de Albacete cuestionó la constitucionalidad del art. 148.4 del CP pues del tenor del mismo, al igual que ocurría con el art. 153.1 del CP, parecía desprenderse que el sujeto activo sólo podía serlo un hombre y el pasivo una mujer; y centra en cuatro bloques las dudas sobre la constitucionalidad del precepto, en términos semejantes a los ya estudiados en la STC nº 81/2008, de 17 de julio. Al mismo tiempo niega que quepa una interpretación conforme a la CE pues interpretar dicho artículo exigiendo un elemento subjetivo de lo injusto no previsto en el tipo penal resulta contrario al principio de legalidad y taxatividad²⁶³.

El TC se pronuncia sobre el fondo de la cuestión planteada y reduce a dos las dudas planteadas por órgano judicial promotor: 1) Si dicho precepto incorpora un trato punitivo diferente de la misma conducta según la realice un hombre o una mujer y que sería contrario a los arts. 14 y, por extensión, a los arts. 1.1, 9 y 10.1 de la CE; y 2) si dicho precepto recoge una presunción contraria al derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad consistente en que la agresión de un hombre a una mujer

²⁶² Emitida por el Pleno del Alto Tribunal, ponente Delgado Barrio, EDJ 2010/158755.

²⁶³ Consistente en que el autor del delito (en todo caso hombre) actúe movido bajo una manifestación de dominación, de discriminación o de relación de poder.

que es o que fue su pareja se produce siempre como una manifestación de discriminación.

El TC frente a la supuesta vulneración por el art. 148.4 del CP del derecho de igualdad del art. 14 de la CE parte de las tres premisas siguientes:

La primera se refiere a que el TC sólo puede pronunciarse sobre si el legislador ha respetado o no los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución puesto que al legislador le compete *“la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”*²⁶⁴ y no puede interferir en dicho ámbito competencial que no le ha sido atribuido.

En segundo lugar, el TC señala que para resolver las dudas planteadas por el órgano promotor ha de guiarse por el principio general de igualdad y no por el de prohibición de discriminación por razón de sexo, puesto que el sexo de los sujetos activo y pasivo del tipo del art. 148.4 del CP no constituye un factor exclusivo o determinante del tratamiento diferenciado. La diferencia normativa la basa el legislador en su voluntad de querer sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables por el contexto relacional en el que se producen.

En tercer lugar, la constitucionalidad en general de un precepto exige²⁶⁵, y también en este caso del art. 148.4 del CP, que los supuestos de hecho iguales tengan las mismas consecuencias jurídicas y para el caso de que se introduzcan diferencias, las mismas deben ser fundadas y razonables y que las consecuencias que produzcan no sean desproporcionadas.

La razonabilidad de la diferenciación exige, en primer lugar, analizar si el fin perseguido por la norma es legítimo. De la Exposición de Motivos y del articulado de la LO 1/2004, de 28 de diciembre se puede deducir que el fin perseguido por el legislador

²⁶⁴ Según el propio TC ha dispuesto en STC nº 55/1996, de 28 de marzo, fundamento de derecho 6º, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1996/976; STC nº 161/1997, de 2 de octubre, fundamento de derecho 9º, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1997/5477 y STC nº 136/1999, de 20 de julio, fundamento de derecho 23º, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1999/14094, entre otras.

²⁶⁵ Según se recoge en la STC nº 200/2001, de 4 de octubre, fundamento de derecho 4º, ponente Conde Martín de Hijas, EDJ 2001/32232.

en el art. 148.4 del CP es *“prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales”*²⁶⁶, por lo que debe entenderse legítimo el fin perseguido por el legislador en el precepto cuestionado.

El segundo presupuesto de la razonabilidad de la diferenciación normativa exige hablar de la adecuación o funcionalidad de la medida incorporada al fin perseguido por el legislador. En este punto el TC también considera satisfecho dicho requisito pues no cree reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión suponga un mayor daño a la víctima cuando el mismo tiene lugar en el seno de una pauta cultural.

Por último, es necesario que esa diferencia normativa no cause consecuencias desproporcionadas lo que exigirá valorar tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma lo que obligará a constatar la diferencia de trato dispensada por la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue como ya expresó el TC en su sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo, según la cual sólo habrá desproporción constitucionalmente reprochable (y por consiguiente contraria al principio de igualdad) cuando entre las consecuencias de los supuestos diferenciados exista un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable. Del análisis comparativo de las penas previstas en los arts. 147.1 y 148.4 del CP, el TC no considera que se produzca el mismo pues el art. 148.5 del CP contempla el mismo trato punitivo cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, independientemente de quién ha sido el causante de las lesiones agravadas, y porque dicho precepto es de aplicación facultativa y no obligatoria.

El TC rechaza también la vulneración de los valores de justicia y de dignidad de la persona pues el precepto cuestionado no cataloga a la mujer como una persona

²⁶⁶ Así se recoge en las STC nº 59/2008, de 14 de mayo, fundamento de derecho 7º, EDJ 2008/48144; STC nº 45/2009, de 19 de febrero, fundamento de derecho 4º, EDJ 2009/12861 y STC nº 127/2009, de 26 de mayo, fundamento de derecho 4º, ponente Conde Martín de Hijas, EDJ 2009/101480, en las que se pronunció sobre la constitucionalidad de los arts. 153.1, 171 y 172.2 del CP en su redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

especialmente vulnerable, ni tampoco contiene ninguna referencia a la mayor agresividad de ciertos hombres sino que simplemente contempla mayores penas para determinadas conductas que considera más graves en atención al contexto relacional en el que se producen como ya ha manifestado el TC en otras sentencias estudiadas.

Por último, tampoco considera que el precepto impugnado vulnere el derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, niega que dicho artículo contenga una presunción de discriminación contra el hombre, sino que aprecia un mayor desvalor y gravedad en las conductas recogidas en el mismo y descarta que el mismo castigue al hombre como heredero de una “culpa colectiva o heredada”, y que se adentre en el derecho penal de autor precisamente por lo ya mencionado.

La sentencia analizada no fue, sin embargo, unánime sino que tuvo dos votos particulares emitidos por los Magistrados, D. Javier Delgado Barrio, quien se remitió a lo ya manifestado en su voto particular a la STC nº 59/2008, de 14 de mayo; y de D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien de forma algo más sintetizada reitera lo ya mencionado en su voto particular a dicha sentencia.

1.5.2.2.3 Sentencia del Tribunal Constitucional nº 45 /2010, de 28 de julio²⁶⁷

La presente cuestión de inconstitucionalidad fue planteada también por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Albacete frente al art. 153.1 del CP y el art. 148.4 del mismo texto legal mediante auto de 9 de mayo de 2007 con entrada en el TC el 1 de junio de 2007 y registrado con el nº 5003/2007 por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 de la CE²⁶⁸.

²⁶⁷ Resuelta por el Pleno del TC, ponente Pérez Vera, EDJ 2010/158/718.

²⁶⁸ En cuanto a los antecedentes procesales, el 13 de septiembre de 2006 el Juzgado de Instrucción nº 1 de Albacete dictó dos autos acordando 1) la incoación de diligencias previas y 2) orden de protección a favor de la víctima prohibiéndole al imputado acercarse a menos de 500 metros durante la tramitación de la causa. Mediante auto de 24 de noviembre de 2006 acordó la prisión provisional del imputado. El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación por un delito de maltrato habitual del art. 173.2 del CP y un delito de lesiones del art. 148.4 del CP. La acusación particular, por su parte, calificó los hechos como dos delitos de maltrato del art. 153.1 del CP con la agravante de reincidencia. La celebración de la vista oral tuvo lugar el 10 de abril de 2007 y en la misma, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación elevaron a definitivas sus conclusiones y la defensa, por su parte, interesó la absolución de su defendido y alternativamente, la apreciación de una atenuante muy cualificada de drogadicción. Por providencia de 12 de abril de 2007, el Juzgado de lo Penal acordó dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que formularan sus alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad al TC respecto de los arts. 148.4 y 153.1 del CP por su posible contradicción con los preceptos constitucionales señalados. El Ministerio Fiscal despachó el traslado conferido oponiéndose al planteamiento de la cuestión mientras que la defensa del acusado se mostró partidaria de ello.

La doctrina constitucional que estableció el TC en esta sentencia y en la 41/2010, de 22 de julio, serán las que marquen la línea de las demás cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación al art. 148.4 del CP, por lo que el estudio de ambas es indiscutible.

En el auto de planteamiento, el órgano judicial centró las dudas de constitucionalidad de los preceptos señalados en los cuatro bloques ya planteados y resueltos en las STC nº 41/2010, de 22 de julio y nº 81/2008, de 17 de julio, señalando también que exigir el elemento subjetivo de lo injusto de que el autor del delito actúe en manifestación de la discriminación o de las relaciones de poder respecto del sujeto pasivo supone someter la norma penal a una violencia extrema, por lo que la única forma de eliminar la duda de constitucionalidad de ambos preceptos es eliminar la referencia al sexo en los mismos.

De los distintos órganos legitimados en el proceso, el Abogado del Estado fue quien ofreció una alegación desestimatoria más interesante señalando que lo que el Juzgado considera como una presunción no es sino una opción político-criminal del legislador, indicando además que *“la violencia doméstica es una manifestación de una actitud discriminatoria y desigualitaria, pero esa actitud no es exigida como un elemento específico del tipo, que se construye al margen de que pueda apreciarse una determinada actitud. El art. 1 de la LO 1/2004 no ha pasado a integrar propiamente los tipos penales, sino que construye la explicación de la opción legislativa adoptada...”*²⁶⁹ y entiende, por último, que la referencia “persona especialmente vulnerable” no está recogida en el art. 148.4 del CP sino en el apartado 5º de dicho precepto, lo que implica una inexorable relación entre ambos.

Para resolver la presente cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Albacete se remite sustancialmente a lo ya resuelto en la STC nº 59/2008, de 14 de mayo y la STC nº 81/2008, de 17 de julio ya analizadas aunque con unos argumentos quizás más claros de entender, a cuyo contenido me remito.

La anterior sentencia no fue unánime sino que contó con el voto particular de los Magistrados D. Ramón Rodríguez Arribas y D. Javier Delgado Barrio, quienes se

²⁶⁹ Actuando a modo de norma penal en blanco.

remiten a lo ya manifestado en la sentencia 59/2008, de 14 de mayo, aunque sintetizando este último su discrepancia en los siguientes puntos:

Considera, en primer lugar, que existe una falta de identidad entre la redacción dada a los preceptos cuestionados y el propósito recogido en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre que los introdujo en el CP, lo cual supone una infracción del principio de legalidad del art. 25 de la CE.

En segundo lugar sostiene que si lo que hubiera que someter a comparación fuera el maltrato que hombre y mujer pueden causarse recíprocamente sí que se vulneraría lo dispuesto en el art. 14 de la CE. No obstante, cuando de lo que se trata es de castigar el machismo sexista que provoca dicho maltrato, entonces los preceptos cuestionados no serían contrarios al art. 14 de la CE, sino al derecho a la presunción de inocencia del art. 24 de la CE en atención a la presunción adversa de que todo maltrato cometido por un varón contra su pareja o ex pareja, mujer, es una manifestación de sexismo que debe dar lugar a la protección reforzada de los arts. 153.1 y 148.4 del CP y según, dicho Magistrado, la presunción es incompatible con los principios del Derecho Penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad concretos por el hecho propio y no por hechos ajenos, entendiendo además que se infringe el principio de culpabilidad cuando se aplican dichos preceptos a acciones que tienen como origen otras causas y sin que se exija el ánimo de dominación en esa acción.

Por último, para el Magistrado D. Javier Delgado Barrio la sentencia se asienta en un derecho penal paternalista que considera a la mujer como un “sujeto vulnerable” que sólo por iniciar una relación de afectividad con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una relación de subordinación y que requiere una especial protección o tutela penal que recogen los arts. 153.1 o 148.4 del CP.

Además de las anteriores, habría otras que destacar como, por ejemplo, la STC nº 100/2008, de 24 de julio, la STC nº 52/2010, de 4 de octubre.

1.5.3 Las relacionadas con el art. 171.4 del Código Penal²⁷⁰. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 45/2009, de 19 de febrero²⁷¹

1.5.3.1 Antecedentes

La presente sentencia resuelve diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Juzgado de lo Penal nº 1 y nº 4 de Murcia²⁷² en relación al art. 171 del CP por su supuesta vulneración del principio de proporcionalidad (art. 25, 17.1, 24.2 y 53 de la CE), y de los derechos a la dignidad de la persona (art. 10 de la CE), a la igualdad (art. 14 de la CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).

Según el órgano judicial proponente, el art. 171.4 del CP es contrario al art. 14 de la CE, por ser discriminatorio por razón de sexo, al principio de proporcionalidad

²⁷⁰ El art. 171.4 del CP castiga a “*El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”. A lo largo del texto de la sentencia se hacen referencias comparativas entre dicha conducta y las previstas en los nº 5 y 6 que recogen: “5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5 en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

²⁷¹ Resuelta por el Pleno del TC, EDJ 2009/12861.

²⁷² Planteadas por la misma Magistrada pero actuando en ambos destinos; en particular, la cuestión nº 8295/2006, planteada por medio de auto de 20 de julio de 2006 (procedimiento abreviado nº 213/2006); cuestión nº 9795/2006 planteada por medio de auto de 13 de octubre de 2006 (procedimiento abreviado nº 249/2006); cuestión nº 954/2007 planteada por auto de 23 de enero de 2007 (procedimiento abreviado nº 420/2006); cuestión nº 2083/2007, planteada por auto de 26 de febrero de 2007 (procedimiento abreviado nº 19/2007); cuestión nº 3088/2007, planteada por medio de auto de 22 de marzo de 2007 (procedimiento abreviado nº 66/2007); cuestión nº 6968/2007, planteada por auto de 14 de agosto de 2007 (procedimiento abreviado nº 309/2007); cuestión nº 7616/2007, planteada por auto de 26 de julio de 2007 (procedimiento abreviado nº 264/2007); cuestión nº 8972/2007, planteada por auto de 11 de octubre de 2007 (procedimiento abreviado nº 261/2007); cuestión nº 52/2008, planteada por auto de 29 de noviembre de 2007 (procedimiento abreviado nº 437/2007) y cuestión nº 2315/2008, planteada por auto de 31 de enero de 2008 (procedimiento abreviado nº 553/2007).

con infracción de los arts. 17.1, 9.3 y 25 de la CE²⁷³, pues recoge una diferencia punitiva injustificable²⁷⁴, y al principio de intervención mínima del derecho penal, ante la imposibilidad de castigar las amenazas leves cometidas por el hombre como falta. Para salvar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado aboga por el mantenimiento de un régimen punitivo idéntico para todos los sujetos comprendidos en el mismo, de forma que las amenazas leves con armas o instrumentos peligrosos sigan castigándose como delito y el resto de amenazas leves, como falta.

1.5.3.2 Posición del Ministerio Fiscal

El Fiscal General del Estado rechaza tanto la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad alegado, pues entiende que el rigor punitivo del art. 171 del CP tiene su justificación en el número considerable de infracciones que se cometen y en la imposibilidad de los órganos judiciales de dar respuesta adecuada a las mismas, como la posible infracción del art. 14 de la CE, en atención a que la mayor parte de los delitos de violencia doméstica se cometen en el seno de las relaciones de pareja y por parte de los hombres, por lo que no se puede alegar que el legislador carece de justificación objetiva.

1.5.3.3 Posición de la Abogacía del Estado

Tras poner de manifiesto la existencia de una serie de defectos formales y la calidad cuestionable de la ley, rechazó la vulneración del art. 14 de la CE y del principio de culpabilidad señalando que el sujeto pasivo del delito no sólo lo puede ser la mujer, sino también cualquier otra persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, negando tanto que la diferente tutela penal apreciada en dicho tipo penal se establezca

²⁷³ La Magistrada proponente de la cuestión invoca la doctrina constitucional sentada en las STC nº 55/1996, de 28 de marzo, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1996/976; la STC nº 161/1997, de 2 de octubre, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1997/5477 y en la STC 136/1999, de 20 de julio, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1999/14094 y subraya la diferencia con el precepto analizado en el ATC nº 233/2004, de 7 de junio, EDJ 2004/115623 (art. 153.1 del CP en su redacción dada por la LO 11/2003).

²⁷⁴ Se refiere a los argumentos dados por el TC en su sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo y niega justificación alguna amparada en la existencia de una acción positiva, en los datos estadísticos, en un supuesto abuso de superioridad del autor, en una situación de vulnerabilidad de la víctima o en una conducta discriminatoria pues entiende que son presunciones legales sobre las que no recae la necesidad de prueba. Por último, considera que tampoco es admisible buscar la justificación del diferente trato punitivo en la mayor antijuridicidad de la conducta realizada por el autor a partir del desvalor adicional del resultado pues la diferencia valorativa trae causa en el sexo.

estrictamente por razón de sexo como que el legislador haya adoptado una medida de discriminación positiva.

Concluye resaltando que en ninguno de los argumentos dados por la Magistrada proponente se revisa la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la norma cuestionada, por lo que dicha carencia, por sí sola, sería suficiente para desestimar las cuestiones planteadas.

1.5.3.4 Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

El TC centra las dudas planteadas en torno a la vulneración del principio de igualdad y de proporcionalidad. Respecto del principio de igualdad, el TC se remite, casi íntegramente, a lo ya resuelto en la STC nº 59/2008, de 14 de mayo y defiende, nuevamente, que la diferencia punitiva que se recoge en dicho precepto es escasa y que se entiende porque el legislador ha querido castigar determinadas conductas que considera más reprochables socialmente, a partir del contexto relacional en el que se producen por el hecho de que las mismas son una manifestación de la desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja y no por razón de sexo. Además, la respuesta dada por el legislador tiene una justificación objetiva y razonable y no genera consecuencias desproporcionadas.

Por otra parte, niega que se produzca una vulneración del principio de proporcionalidad pues la diferencia penológica en las amenazas leves sin armas se produce por su mayor desvalor en atención a su *“significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres”*, y sin que el auto de planteamiento recoja la *“funcionalidad manifiestamente similar”* de la penalidad de la normativa anterior. El TC entiende además que la amplitud y las alternativas de penas previstas en el art. 171 del CP permiten adecuar la misma a la mayor o menor gravedad del hecho cometido²⁷⁵.

²⁷⁵ ...A la vista de la relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela y de la idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas, y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva, pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad legítimamente deseada por el legislador, ha de concluirse que la tipificación de tales conductas como delitos, estableciendo como sanción principal a las mismas no sólo la pena de prisión, sino como alternativa a ella la de trabajos en beneficio de la comunidad, no vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatar un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta”, como ya dijera en el auto nº 332/2005, de 13 de septiembre, EDJ 2005/131155.

La sentencia contó con los votos particulares de los Magistrados D. Ramón Rodríguez Arribas, D. Jorge Rodríguez Zapata-Pérez y de D. Vicente Conde Martín de Hijas, quienes se remitieron a los emitidos en la STC nº 59/2008, de 14 de mayo.

1.5.4 Cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional planteadas en relación al artículo 172.2 del Código Penal²⁷⁶: Sentencia del Tribunal Constitucional nº 127/2009, de 26 de mayo²⁷⁷

1.5.4.1 Antecedentes

Esta sentencia da respuesta a diversas cuestiones de inconstitucionalidad²⁷⁸ planteadas por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Albacete, en relación con el art. 172.2 del CP, por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 de la CE.

Según la Magistrada proponente el art. 172.2 del CP es discriminatorio, pues el sujeto activo del delito, necesariamente, es un hombre (según se desprende de los términos empleados "esposa" y "mujer ligada a él") y el sujeto pasivo una mujer, por lo que, uno de los elementos que determina que la conducta sea constitutiva de delito y no falta es el sexo de los sujetos intervinientes²⁷⁹.

²⁷⁶ Dicho precepto recoge que: "2. *El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado*".

²⁷⁷ Resuelta por el Pleno del TC, EDJ 2009/101480.

²⁷⁸ Cuestiones nº 8198/2006 planteada por auto de 16 de junio de 2006 (procedimiento abreviado nº 2/2006); la nº 6138/2007, por auto de 20 de junio de 2007 (juicio rápido nº 291/2007) y la nº 6878/2008, por auto de 14 de julio de 2008 (procedimiento abreviado nº 385/2007).

²⁷⁹ El art. 172.2 del CP contempla penas de seis meses a un año de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años en lugar de la pena prevista en el art. 620 del CP para la falta de

El órgano judicial centró sus dudas sobre la constitucionalidad del art. 172.2 del CP, en su posible contradicción con el principio de igualdad, conectado con los valores de la libertad, la dignidad de la persona y justicia de los arts. 1.1, 10.1 y 14 de la CE; con el derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad del art. 24.2 de la CE, por el empleo del término “persona especialmente vulnerable” que como concepto jurídico indeterminado lo opone al concepto de *lex certa* y al principio de legalidad del art. 25.1 de la CE, con la vulneración del art. 9 de la CE y con el principio de proporcionalidad en relación con los arts. 9.3, 17.1 y 25 de la CE.

1.5.4.2 Posición de la Abogacía del Estado

Tras el breve informe de desestimación de la cuestión planteada del Fiscal General del Estado, el Abogado del Estado rechaza de plano la consideración de que el art. 172.2 del CP suponga una discriminación positiva pues los datos estadísticos avalan la mayor severidad punitiva de dicho precepto sin que ello suponga una infracción del art. 14 de la CE sino más bien una exigencia del principio de proporcionalidad²⁸⁰.

1.5.4.3 Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

En cuanto a la posible infracción del art. 14 de la CE, el TC trata de responder a si existe en el art. 172.2 del CP un tratamiento punitivo diferente en función del sexo de los sujetos²⁸¹ pero partiendo del principio general de igualdad y no del de la prohibición de discriminación por razón de sexo²⁸². A partir de ahí, el TC considera necesario para

coacciones leves que es de localización permanente de cuatro a ocho días en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días.

²⁸⁰ Según el Abogado del Estado “*si un determinado tipo de delitos muestra una tendencia a proliferar en un determinado momento, el propio principio de proporcionalidad no ya permite sino exige un reforzamiento de la prevención general mediante un aumento de pena, aunque la gravedad intrínseca del delito pueda no ser excesiva*”.

²⁸¹ Según indica el TC, de seguir una interpretación del art. 172.2 del CP que parta de una autoría exclusivamente masculina resultará que la pena privativa de libertad (y alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad) imponible a un varón que coaccione levemente a su pareja (o ex pareja) afectiva (femenina) oscilará entre seis meses y un año mientras que la misma amenaza leve efectuada en los demás supuestos de parejas o ex parejas (ya efectuada por mujer hacia su pareja, masculina o femenina, ya por hombre hacia su pareja masculina) o hacia los demás sujetos del art. 173.2 del CP será castigada como falta del art. 620, párrafo 3º del CP, a la pena de cuatro a ocho días de localización permanente o de cinco a diez días de trabajos en beneficio de la comunidad.

²⁸² Como ya indicaba el TC en el fundamento de derecho 7º de la sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo y en el fundamento de derecho 3º de la sentencia nº 45/2009, de 19 de febrero: “*no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados...La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se*

calificar de constitucional el precepto cuestionado que *“el tratamiento diferenciado de los supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación”*, pero rechaza la misma como ya hiciera en la sentencia nº 45/2009, de 19 de febrero.

El TC niega también que el art. 172.2 conciba a la mujer como “persona esencialmente vulnerable” y el hombre “un delincuente nato”, en atención a que el legislador en ningún momento cataloga así a la mujer ni contiene tampoco ninguna consideración al carácter más agresivo de algunos hombres sino que el legislador lo que aprecia es *“una mayor gravedad de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad”*, es decir, tiene en cuenta el mayor desvalor de su conducta.

Sobre la supuesta vulneración del art. 25.1 (indeterminación de la ley penal en lo referido a la duración de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento) y 9.2 de la CE, señala el TC respecto al primero que *“no comprende en qué consiste esa indeterminación pues la norma contempla un marco punitivo mínimo y otro máximo”* y respecto al segundo, indica que *“el hecho de que dicho precepto no pueda encontrar amparo en la promoción de la igualdad a la que se refiere el mandato constitucional no por ello comporta una vulneración del mismo”*.

Por último y en relación al principio de proporcionalidad, el TC tampoco considera que el art. 172.2 lo infrinja pues el auto de planteamiento en ningún momento recoge en qué medida una pena inferior permitirían una funcionalidad similar a la recogida en el precepto cuestionado.

La sentencia contó con los votos particulares formulados por los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas, D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y D. Ramón

producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa...que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”. Quizás aquí esté el quid de la cuestión pues el TC evita pronunciarse desde la perspectiva de la discriminación por sexo que la Magistrada proponente considera que se produce en la redacción dada a los arts. 153.1, 171.4 y 172.2 del CP por la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

Rodríguez Arribas quienes se remitieron y reprodujeron los votos particulares emitidos en la STC nº 59/2008, de 14 de mayo.

1.5.5 Cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional planteadas en relación al artículo 173.2 y 3 del Código Penal²⁸³. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 77/2010, de 19 de octubre²⁸⁴

1.5.5.1 Antecedentes

La presente cuestión fue promovida por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia²⁸⁵ en relación al art. 171.4 del CP por posible vulneración del principio de

²⁸³ Dicho precepto castiga a “2. *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.* 3. *Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*”.

²⁸⁴ Acordada por el Pleno del TC, ponente Gay Montalvo, EDJ 2010/240655.

²⁸⁵ Tras recibir las actuaciones del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Murcia el cual incoó durante el servicio de guardia el 17 de abril de 2007 las diligencias urgentes nº 255/2007, al apreciar que los hechos recogidos en el atestado policial reunían las circunstancias previstas en el art. 795 de la LECrim. Ese mismo día el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 celebró la comparecencia prevista en el art. 798 de la LECrim y acordó la continuación de la tramitación de las actuaciones conforme a lo dispuesto en los arts. 800 y 801 de la LECrim. Tras la formulación del escrito de acusación por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la acusación particular, quien calificó los hechos como dos delitos de lesiones en el ámbito familiar del art. 153.1 del CP, un delito de amenazas del art. 171.4 del CP y un delito de violencia habitual del art. 173.2 del CP y la presentación del escrito de defensa, se fijó para el día 2 de mayo de 2007 la celebración del juicio oral remitiendo las actuaciones al Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia. El día previsto para la celebración del juicio oral, abierta la sesión, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones, solicitando por los dos delitos de lesiones y un delito de amenazas tres penas de cincuenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, extendiendo la pena de alejamiento a los hijos de la denunciante. Por el delito de violencia habitual interesó la pena de ocho meses de prisión, extendiendo el alejamiento a los hijos de la denunciante. La acusación particular se adhirió a dichas conclusiones modificadas y el acusado y su letrado manifestaron su conformidad con las penas y las responsabilidades solicitadas, dándose por terminado el juicio.

proporcionalidad penal (arts. 25, 17.1, 9.3, 24.2 y 53 de la CE), del principio de la dignidad de la persona (art. 10.1 de la CE), y de los derechos a la igualdad (art. 14 de la CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE), del art. 153.1 del CP por posible vulneración del principio de la dignidad de la persona (art. 10 de la CE), de los derechos a la igualdad (art. 14 de la CE), y a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE) y del art. 173.2 del CP por posible vulneración del derecho a no ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos (art. 25.1 de la CE).

Respecto del art. 173.2 del CP, el auto de planteamiento plantea que el inciso “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica” de dicho artículo y, por extensión, el inciso “con independencia de...que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores” del art. 173.3 del CP, según la redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, puede vulnerar el principio del *non bis in idem*, basándose en diversas sentencias del TC²⁸⁶.

1.5.5.2 Posición de la Abogacía del Estado y del Ministerio Público

El Abogado del Estado negó que el art. 173.2 del CP fuera contrario al principio del *non bis in idem*, al entender que no existe identidad en los hechos pues el precepto añade la habitualidad como elemento nuevo. Niega también que exista identidad de fundamentos pues, a diferencia de lo que sucedía en la STC nº 188/2005, de 7 de julio, aludida por el órgano judicial proponente de la cuestión, el bien jurídico que sirve de fundamento al tipo del art. 173.2 del CP; es decir, la integridad moral, es distinto de los bienes de integridad corporal y libertad, lesionados en cada uno de los actos de violencia que determinan la aplicación del tipo cuestionado.

El Fiscal General del Estado, siguiendo la misma línea, negó que el precepto cuestionado fuera contrario al principio del *non bis in idem*.

1.5.5.3 Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Dejando a un lado los pronunciamientos realizados por el TC de otros preceptos sobre los que se planteó también la cuestión y centrándonos en el art. 173.2 del CP en su inciso “*sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos y faltas en*

²⁸⁶ Sobre todo en la STC 188/2005, de 7 de julio, ponente Sala Sánchez, EDJ 2005/96488.

que se hubieran concretado los actos de violencia física y psíquica” por si el mismo pudiera ser contrario al principio de *non bis idem*²⁸⁷ (art. 25 de la CE), como denunciaba el órgano judicial promotor, el TC rechaza los argumentos esgrimidos por el órgano impulsor al entender que el elemento de la habitualidad no supone una mera suma de distintos actos de violencia sino que el mismo entraña un clima de sometimiento y humillación hacia los integrantes del entorno familiar y exige además, para que exista esa habitualidad, que los distintos actos de violencia estén vinculados por una proximidad temporal, de forma que pueda probarse esa situación de continuidad o permanencia en el trato violento en el entorno familiar.

El TC no aprecia que, en el supuesto de hecho planteado, concorra una exacta identidad y, por tanto, no admite ninguna vulneración del principio del *non bis in idem* y niega también cualquier paralelismo con la STC n° 188/2005, de 5 de julio²⁸⁸, entendiendo que al exigir el art. 173.2 del CP el elemento de la habitualidad se está introduciendo un componente adicional de lesividad, que debe considerarse probado para la aplicación del tipo penal y que no se identifica con la mera reiteración de conductas por lo que, no se aprecia que la doble sanción establecida en el precepto cuestionado suponga un ejercicio desproporcionado del *ius puniendi* y una vulneración del principio de legalidad.

En atención a todas las consideraciones analizadas desestima la cuestión planteada en los términos analizados, aunque la decisión no fue unánime sino que contó con los votos particulares de los Magistrados D. Javier Delgado Barrio, D. Jorge Javier Rodríguez-Zapata Pérez y D. Ramón Rodríguez Arribas que se remitieron a sus votos particulares emitidos en la STC n° 59/2008, de 14 de mayo ya analizada.

²⁸⁷ En este punto, el TC se remite a la doctrina constitucional desarrollada sobre dicho principio en la STC n° 2/1981, de 30 de enero, ponente Díez de Velasco Vallejo, EDJ 1981/2, que o situó dentro del art. 25.1 de la CE y que delimitó su contenido con la prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en los que quepa apreciar identidad de sujetos, hechos y fundamento. Señala el TC, que en su vertiente material, dicho principio impide que nadie pueda ser sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones y añade que dicho principio opera no sólo impidiendo una duplicidad de sanciones penales y administrativas sino también en cada uno de ellos internamente considerados.

²⁸⁸ Planteado por el Juzgado de lo Penal de Murcia y en la que se declaraba contrario al principio del *non bis in idem* el art. 27.3.j) de la LO 2/1986, de 13 de marzo de fuerzas y cuerpos de seguridad que tipificaba como falta muy grave el hecho de “haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en el período de un año”, considerando que con dicho precepto en legislador había creado un tipo autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un hecho nuevo por el infractor.

1.6 Opinión doctrinal y toma de postura en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

1.6.1 Opinión doctrinal

Desde las comparecencias celebradas en el Congreso de los Diputados y de los informes recabados con anterioridad a la promulgación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, se puso de manifiesto la gran división doctrinal que existía en relación a su constitucionalidad, fundamentalmente en relación a los principios de igualdad, de culpabilidad, de proporcionalidad, y en torno a la necesidad de apreciar si concurre una situación de desigualdad, discriminación o relación de poder del hombre sobre la mujer.

El CGPJ fue bastante crítico y llegó a afirmar²⁸⁹ que el Anteproyecto, más que pretender una discriminación positiva, endurecía el régimen punitivo de determinados comportamientos delictivos por razón del sexo del sujeto activo y no por la mayor gravedad del injusto. También criticaba la inclusión del elemento intencional en la definición de violencia pues creaba una jurisdicción especial privada de las mujeres e instauraba un derecho penal de autor.

Por su parte el Consejo de Estado²⁹⁰ entendía necesario la desaparición del elemento finalístico en la definición de violencia, y que la prueba del mismo se hiciera durante la instrucción de la causa por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y no durante el juicio oral, para ofrecer una respuesta penal adecuada.

Tras la publicación de la LIVG, y aún hoy día, las posiciones doctrinales sobre su constitucionalidad continúan enfrentadas. Los autores que la consideran inconstitucionalidad fundamentan su decisión, con carácter general, en que la mayor respuesta punitiva en los tipos penales es contraria al principio de igualdad, pues se efectúa en atención al sexo del sujeto activo y resulta desproporcional. Según los mismos, el legislador opta por una presunción *iuris et de iure* de que el hombre actúa movido por una manifestación de desigualdad, discriminación y de relación de poder, y que la mujer, es una persona especialmente vulnerable. Niegan, además, que tenga cabida en nuestro derecho penal las acciones positivas configuradas en función del sexo,

²⁸⁹ En su informe al Anteproyecto de LIVG.

²⁹⁰ En su informe de 24 de junio de 2004.

que se pueda justificar el diferente tratamiento penal por la escasa protección de bienes jurídicos protegidos de la víctima, por el mayor desvalor de la conducta realizada por el hombre ni la redacción de los tipos penales según un derecho penal de autor.

En el otro extremo, los que sostienen la constitucionalidad de la LIVG fundamentan su decisión, con carácter general, en la necesidad de dar una adecuada protección a bienes jurídicos de la víctima que se hayan insuficientemente protegidos, en atención a la mayor vulnerabilidad social de las mujeres y el alto número de casos de violencia de género producidos.

Por otra parte, existe otro grupo de autores que parten de una posición ecléctica y aún admitiendo la constitucionalidad de la LIVG, consideran necesario que se pruebe, como elemento finalístico, que el hombre actúa movido por una relación de dominación, discriminación o relación de poder o modificar la agravante de parentesco del art. 23 del CP, la de superioridad del art. 22.2 del CP, la del art. 22.4 del CP o introducir una agravante específica, que lo incluya.

Entre los autores que defiende la constitucionalidad del texto encontramos a PECES-BARBA²⁹¹ quien se apoya en el art. 9.2 de la CE, y señala que el legislador actúa bajo el deber positivo que le corresponde como poder público y rechaza que la nueva redacción de los tipos penales se incluya en el llamado derecho penal de autor, en atención a que la vulnerabilidad social en el que se encuentran las víctimas aumenta el desvalor de la conducta del agresor.

En la misma línea, COMAS D'ARGUEMIR²⁹² para quien la ley es una opción legislativa necesaria y con encaje constitucional no sólo en el art. 9.2 de la CE sino también en la propia jurisprudencia del TC.

ARROYO ZAPATERO²⁹³ justifica la constitucionalidad de la norma en el mayor desvalor de la acción y del resultado que produce la actuación delictiva del hombre en el seno de las relaciones de pareja.

²⁹¹ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 64, Sesión nº 5 celebrada el lunes 19 de julio de 2004, págs. 2 a 5 y 8 a 11, acordada en el turno de intervenciones de expertos previstas por la Comisión Parlamentaria en los trabajos legislativos previos a la promulgación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

²⁹² COMAS D'ARGEMIR, M., "La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución", en *La reforma penal en torno a la violencia de género*, BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A. (coords.), Atelier, Barcelona, 2009, págs. 40 y 41.

Para LARRAURI PIJOÁN²⁹⁴ la ley no sólo es constitucional sino que entiende necesario que el hombre reciba mayor pena por el delito cometido pues en general, el acto cometido por éste es más grave por dos motivos: por el mayor temor que éste ocasiona y por la mayor posibilidad de que su acción ocasione un resultado lesivo.

CAZORLA PRIETO²⁹⁵ defiende que la implantación de la ley supuso un “aldabonazo a la arcaica desigualdad y un instrumento eficaz para proteger a las víctimas” y si la misma contempla unas penas más graves para unas conductas que para otras, es “porque son más graves y más reprochables en el contexto relacional en el que se producen...”.

Por su parte BASTIDA FREIJEDO²⁹⁶, aún admitiendo la constitucionalidad de la ley, entiende que configurar como sujeto activo del delito sólo al hombre convierte el texto en inconstitucional y para evitarlo aboga por la inclusión dentro del art. 22 del CP, de una agravante específica de ejecutar el delito aprovechándose del ámbito de la privacidad afectiva o de la relación afectiva para cometerlo.

ASENCIO MELLADO, mantiene también una posición ecléctica y defiende que para que el texto respete el principio de igualdad del art. 14 de la CE no es necesario incluir ningún elemento finalista dentro de los diferentes tipos penales sino que dicha intención o finalidad la considera como un elemento intrínseco a la conducta del autor que él define como “verdad interina” que actuaría a modo de presunción *iuris tantum*, es decir, admitiría prueba en contrario²⁹⁷.

²⁹³ ARROYO ZAPATERO, L., “La violencia de género en la pareja en el derecho penal español”, en www.cienciaspenales.net, última visita 2 de marzo de 2015, págs. 29 a 33.

²⁹⁴ LARRAURI PIJOÁN, E., “Igualdad y violencia de género”, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 1, Barcelona, 2009, pág. 11.

²⁹⁵ CAZORLA PRIETO, S., “Balance de la Ley Integral 1/04, de 28 de diciembre”, III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Conferencia Inaugural, Madrid, 2009.

²⁹⁶ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 64, Sesión nº 5 celebrada el lunes 19 de julio de 2004, págs. 22 a 27 y 32 a 34.

²⁹⁷ El desarrollo de su posición lo podemos encontrar en Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 64, Sesión nº 5 celebrada el lunes 19 de julio de 2004, págs. 49 y 50.

En el otro extremo, REY MARTÍNEZ²⁹⁸ considera que la regulación acogida puede ser contraria al principio de igualdad y de culpabilidad y aboga más que por la creación de tipos penales nuevos por acudir a la agravante de abuso de superioridad o de parentesco o incluso admite el concurso con el delito contra la integridad moral del art. 173.2 del CP, rechaza que en el derecho penal tengan cabida las acciones positivas pues considera que la lógica del derecho penal está basada en la lógica de individuo y en la culpabilidad estrictamente personal y no colectiva, en la comisión de un hecho delictivo concreto del que debe responder su autor y no por su modo de ser o por su sexo.

GIMBERNAT²⁹⁹ defiende la inconstitucionalidad de la LIVG pues recoge una presunción que no admite prueba en contrario de que cualquier vía de hecho ejercitada por un varón sobre su pareja o ex pareja femenina constituye siempre una *“manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”* y castigarla con independencia de la motivación del autor³⁰⁰ hace que nos adentremos en el derecho germánico medieval en el que la responsabilidad de quien ha cometido un acto delictivo se extendería también a su estirpe aunque estos últimos no tuvieran nada que ver con el hecho criminal³⁰¹.

BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN³⁰² comparten la visión plasmada por el profesor GIMBERNAT. Según los mismos, la atribución de un régimen de responsabilidad general contra un determinado sector es incompatible con los principios del derecho penal moderno propios de un Estado de Derecho. Para dichos autores, salvo que encontremos un fundamento ajeno a la mayor vulnerabilidad de la víctima que justifique la diferencia de trato entre ambos nos encontramos con un derecho de autor

²⁹⁸ El desarrollo de su posición respecto al Anteproyecto de ley orgánica lo podemos encontrar en Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2004, VIII Legislatura, nº 67, Sesión nº 7 celebrada el jueves 22 de julio de 2004, págs. 50 y ss.

²⁹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., “La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional”, en *El Mundo*, 16 de junio de 2008, págs. 4 y 5.

³⁰⁰ Lo que hace pensar que mantiene una posición ecléctica pues da a entender que si se permitiera demostrar que el autor del hecho no actuara como una manifestación de discriminación, de situación de desigualdad o de relación de poder, ya no lo consideraría inconstitucional.

³⁰¹ Con ocasión de los argumentos esgrimidos por el TC en la sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo del art. 153.1 del CP al considerarlo constitucional.

³⁰² BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)”, *La Ley*, nº 6146, Sección Doctrina, Año XXV, Ref. D-252, 2004.

basado en la presunción de una especial vulnerabilidad de la mujer, que concibe la condición de hombre y de víctima mujer no en un elemento del tipo sino en una condición objetiva de mayor punibilidad basada en consideraciones de política criminal.

POLAINO-ORTS³⁰³ entiende necesario la prueba de que el ataque a la mujer lesiona un determinado bien jurídico protegido pues si se recoge como presunción *iuris et de iure*, la reacción penal será desproporcionada.

1.6.2 Toma de postura

Del análisis de las sentencias del TC estudiadas cabe extraer la conclusión de que la LIVG es plenamente constitucional pese a la gran cantidad de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas.

Respecto al alejamiento, no soy partidaria de que se deje la imposición de una pena al arbitrio de un tercero, en este caso de la víctima, y sea ajena al *ius puniendi* del Estado, pues supondría una infracción del principio de legalidad e impediría conocer la certeza de las penas y más aún si se hace depender de la víctima, cuya voluntad puede estar afectada en un doble sentido: por un lado, por su propia condición de víctima y, por otro lado, por su posible dependencia hacia su agresor. En este punto, hay que reconocer que la pena de alejamiento puede restaurar la libertad de la víctima que ha resultado afectada por el hecho delictivo cometido y permitirle recuperar su identidad, sin olvidar que en muchos casos este tipo de delitos se cometen en la intimidad del domicilio haciendo muy difícil su persecución y muy fácil su reincidencia delictiva.

Respecto los arts. 153, 148, 171, 172 y 173 del CP, soy de la opinión de que incluir en todos los preceptos cuestionados el elemento subjetivo de lo injusto, consistente en que el autor actúe con ánimo o bajo una situación de discriminación, desigualdad o relación de poder, generaría un gran problema de prueba por ser el ánimo interno siempre un elemento difícil de probar³⁰⁴ y entiendo que debería darse por

³⁰³ POLAINO-ORTS, M., “La legitimación constitucional de un Derecho Penal sui generis del enemigo frene a la agresión a la mujer”, *Indret*, Barcelona, Julio 2008.

³⁰⁴ Como se sostiene en la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, apartado III-D, pág. 21 al señalar que: “...la definición del Anteproyecto que contenía un específico elemento subjetivo de difícil prueba como era la utilización de la violencia con determinados fines, fue sustituida, en la línea propuesta en los informes consultivos, por una definición descriptiva de las circunstancias que subyacen en la violencia de género, tales como la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, al margen de cualquier referencia a elementos subjetivos o intencionales...”.

supuesto o implícito³⁰⁵ en la conducta como ocurre con otro tipo de ánimos dispersos en el articulado del CP, sin olvidar, además, que en el Proyecto de Ley se eliminaron deliberadamente todas aquellas referencias a la intención finalista del agresor y que aparecían inicialmente recogidas en el Anteproyecto³⁰⁶.

Según el TC, la legitimación constitucional de los preceptos cuestionados requería analizar si la diferencia punitiva apreciada generaba unas consecuencias desproporcionadas, lo cual sólo cabría admitirse de existir un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre las consecuencias de los supuestos diferenciados, lo cual, tampoco se produce en los tipos penales cuestionados en atención a la escasa diferencia punitiva recogida en los mismos, a la facultad otorgada al órgano judicial de modular la gravedad de la conducta, pudiendo imponer una pena inferior en grado y a la posibilidad de imponer como alternativa a la pena privativa de libertad, la de trabajos en beneficio de la comunidad. En el supuesto del art. 148.4 del CP la pena prevista en el mismo no es de imposición obligatoria sino facultativa, según se desprende de la utilización del término “podrán ser castigadas”, lo que también otorga discreción en su imposición al órgano judicial.

1.7 Doctrina constitucional sobre los principios de igualdad y de proporcionalidad

En atención a las múltiples discusiones planteadas sobre la constitucionalidad de la LIVG por su posible contradicción con el principio de igualdad, se hace necesario hacer un examen más profundo de éste.

³⁰⁵ Como parece respaldar la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, apartado III-D, pág. 20 al señalar que: “...la Ley opta por una definición de la violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor...”.

³⁰⁶ Prueba de ello es que en el propio art. 1.2 del Anteproyecto se decía que: “A efectos de esta Ley, se entenderá por violencia ejercida sobre la mujer la utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Comprende la violencia física y la psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto en la vida pública como privada, cuando el principal factor de riesgo lo constituya el hecho de ser mujer” mientras que la redacción acogida en el Proyecto de Ley, art. 1.3, dice que: “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad” aunque sí se prevea en el art. 1.1 al definir el objeto de la ley.

La igualdad no sólo supone un derecho constitucional sino que es, además, un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, como se recoge en el art. 1.1 de la Carta Magna, y un derecho subjetivo de los ciudadanos³⁰⁷.

A pesar de la claridad aparente con la que está redactado el art. 14 de la CE³⁰⁸, la interpretación del mismo no deja de estar exenta de controversias. Así, *a priori*, parece desprenderse que los españoles somos iguales ante la ley y que por consiguiente, entre iguales no se debe admitir diferencias³⁰⁹. Sin embargo, interpretar este principio de forma absoluta puede dar lugar a desigualdades sustanciales que se evitan permitiendo al legislador establecer divergencias entre los particulares en aras a lograr una igualdad real siempre que la estructura de las normas en las que se aprecia las mismas, sea proporcional al fin perseguido por aquella³¹⁰.

Para el Tribunal Constitucional³¹¹ la igualdad ha de valorarse teniendo en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de las relaciones en las que se proyecta. Para que las diferencias normativas que contempla el legislador puedan considerarse no discriminatorias es preciso que “... exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, dejando en definitiva al legislador, con carácter general, la apreciación de situaciones distintas que sea procedente separar y tratar desigualmente...”³¹². Por consiguiente, a unos supuestos de hechos iguales, deben serle

³⁰⁷ STC (Pleno) nº 75/1983, de 3 de agosto, ponente Escudero del Corral, fundamento de derecho 2º, EDJ 1983/75.

³⁰⁸ El art. 14 de la CE proclama que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que quepa discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

³⁰⁹ Sino que las mismas deberían estar reservadas a los desiguales según ARISTÓTELES, *Política, Libro II, 1280a*, Espasa Calpe, Madrid, 1985; aunque entiendo que otorgar un trato desigual al diferente no debe implicar un trato discriminatorio.

³¹⁰ STC (Pleno) nº 209/1988, de 10 de noviembre, ponente Truyol Serra, fundamento de derecho 6º, EDJ 1988/525.

³¹¹ En la misma sentencia citada en la nota anterior.

³¹² STC (Pleno) nº 75/1983, de 3 de agosto, ponente Escudero del Corral, fundamento de derecho 2º, EDJ 1983/75, ya citada.

aplicables unas consecuencias jurídicas también iguales y para introducir diferencias en las mismas deberá justificarse o motivarse suficientemente.

Así, para RUBIDO DE LA TORRE³¹³, el principio de igualdad no debe suponer que todos los españoles seamos iguales sino que no deben producirse desigualdades de trato injustas o injustificadas e insiste en que la concepción del principio de igualdad ante la ley impone al legislador la obligación de otorgar el mismo trato jurídico a quienes se encuentren en idéntica situación o en situaciones jurídicas equiparables, por consiguiente, lejos de concebir el derecho de igualdad del art. 14 de la CE como un derecho o principio absoluto, lo entiende matizado por la máxima expuesta.

En la misma línea, CORTE HEREDERO³¹⁴ para quien la igualdad ante la ley no implica una paridad absoluta entre las personas sino que las diferencias de trato que puedan producirse estén suficientemente justificadas y superen el juicio de proporcionalidad³¹⁵, por lo que, salvando lo anterior, ante supuestos de hecho iguales deben serles aplicables idénticas consecuencias jurídicas. De lo anterior cabe extraer, según la autora, que para que pueda realizarse el juicio de igualdad deben darse supuestos de hecho que sean iguales o equiparables pues no siendo así no existirá un “término válido de comparación” y aún en el supuesto de que los mismos sean iguales y el trato dispensado a los mismos sea desigual, habrá que analizar si está o no justificado para concluir si se ha vulnerado o no el principio de igualdad.

Además de lo anterior, según CORTE HEREDERO³¹⁶ el TC reconoce determinadas situaciones en las que no cabe predicar un derecho a la igualdad y, en particular, se refiere a las desigualdades motivadas por modificaciones normativas en las que el cambio legal justifica la diferencia de trato, al hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato y a la inexistencia de un derecho a la igualdad en la ilegalidad, de modo que nadie puede pretender que no le resulte aplicable la ley por el

³¹³ RUBIDO DE LA TORRE, J.L., Ley de Violencia de Género. Ajuste de constitucionalidad en materia... ob. cit., pág. 126.

³¹⁴ CORTE HEREDERO, N., Breviario de jurisprudencia constitucional en materia laboral: el derecho a la igualdad (art. 14 CE), y la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE), *Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional*, Pamplona, 2011, págs. 26 y 27.

³¹⁵ Teniendo en cuenta la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

³¹⁶ CORTE HEREDERO, N., “Breviario de jurisprudencia constitucional...”, ob. cit., págs. 30 a 32.

hecho de que no le haya sido aplicable a otras personas que no la hayan respetado o cumplido.

LORCA NAVARRETE³¹⁷ habla de igualdad en tres sentidos o significados. En un primer significado lo sitúa como un valor superior del ordenamiento jurídico del art. 1.1 de la CE, configurado como un objetivo a conseguir junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político. El segundo significado de la igualdad, en su correspondencia concreta y material, como principio real y efectivo aparece en el art. 9.2 de la CE al establecer que *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. Por último, habla de un significado de la igualdad en su correspondencia formalista o principio programático, como principio formal del art. 14 de la CE. Para este autor no es posible hablar de igualdad como un derecho fundamental pues si nos ceñimos al tenor literal de la CE, el mismo no aparece y tendrá que ser el TC el que acoja dicho sentido y que podrá extraerlo sin problemas del espíritu sistematizador del constituyente.

GIMÉNEZ GLÜCK, además de considerar el principio de igualdad como un derecho constitucional, un valor superior del ordenamiento jurídico y un derecho subjetivo, lo entiende como un principio formal y un mandato dirigido a los poderes públicos para que promuevan la igualdad material (art. 9.2 CE)³¹⁸, lo que, esto último y en relación con la violencia de género, debemos relacionarlo con numerosas disposiciones elaboradas para garantizar una igualdad real entre hombres y mujeres, entre ellas, el art. 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDM), adoptada en 1979 por la Asamblea General de Naciones Unidas³¹⁹ y ratificada por España en 1984³²⁰, y el Protocolo opcional a

³¹⁷ LORCA NAVARRETE, J.F., *Introducción al Derecho II. Derechos fundamentales y jurisprudencia*, Pirámide, Madrid, 1991, págs. 137 y 138.

³¹⁸ GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 33.

³¹⁹ Y que entró en vigor en 1981, es también conocida por sus siglas en inglés CEDAW (Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women y en el precepto citado se recoge que *“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas*

dicha Convención de 10 de diciembre de 1999 impulsa a los Estados Partes a adoptar medidas de acción positiva tendentes a erradicar cualquier forma de discriminación contra las mujeres al proclamar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

MARTÍN CUBAS³²¹ observa tres aspectos distintos de igualdad dados en los arts. 1.1, 9.2 y 14 de la CE, que resume en dos: igualdad formal, que no es sino la igualdad ante la ley, que implica que la ley tiene carácter general y que se aplica del mismo modo a todos y la igualdad material o real, que haría referencia a la igualdad de las condiciones materiales. Según este autor, lo que el art. 14 de la CE prohíbe es la discriminación entendida como desigualdad de tratamiento legal injustificado por no ser razonable. Según el mismo, para que se respete el principio de igualdad, el TC exige dos elementos: 1) una necesidad razonable y objetiva y 2) una relación de proporcionalidad entre la diferencia de trato prevista y la finalidad perseguida con la norma³²².

A la hora de analizar las vertientes del **principio de igualdad** podemos distinguir con CORTE HEREDERO³²³ entre **igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley**³²⁴. Según la autora, **el principio de igualdad ante la ley** hace referencia a un derecho que se tiene frente al legislador pues le obliga a dispensar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en la misma situación jurídica, es decir, es un derecho que limita y restringe el ejercicio del poder legislativo. Para que pueda admitirse diferencias de trato (o desigualdades) ha de existir una justificación objetiva y

desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato”.

³²⁰ Según consta en la página web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/onu/cedaw_2.htm, última visita el 2 de marzo de 2015.

³²¹ MARTÍN CUBAS, J., “El concepto de igualdad en una democracia avanzada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, nº 53, 1998, págs. 155 a 157.

³²² MARTÍN CUBAS, J., “El concepto de igualdad...”, ob. cit., págs. 161 y 162.

³²³ CORTE HEREDERO, N. Breviario de jurisprudencia constitucional en materia laboral..., ob. cit., págs. 27 a 29.

³²⁴ Otros autores como, por ejemplo, GIMÉNEZ GLÜCK, distinguen entre igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley, en GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Juicio de igualdad y...”, ob. cit., pág. 44 al igual que ALONSO GARCÍA en ALONSO GARCÍA, E., “El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española”, *Revista de la Administración Española*, nº 100-102, 1983, pág. 23.

razonable para ello y las mismas no deben resultar desproporcionadas. En definitiva, esta vertiente del principio de igualdad no impone una obligación de igualdad de trato con independencia de las circunstancias relevantes jurídicamente que concurren sino que admite que el legislador dispense un tratamiento diferente cuando esté justificado tanto objetiva como razonablemente y no exista desproporción³²⁵.

La otra vertiente del principio de igualdad, según CORTE HEREDERO³²⁶, es la denominada **igualdad en la aplicación de la ley** por el que se garantiza que un mismo órgano judicial resolverá de idéntica forma casos sustancialmente iguales y para el caso de actuar de forma distinta deberá motivarlo suficiente y razonablemente³²⁷. Esta vertiente del principio de igualdad no incluye, según la misma, ni el derecho a la

³²⁵ El TC lo sintetizó así en la STC nº 88/2005, de 18 de abril, ponente Casas Baamonte, EDJ 2005/61643 manifestando en su fundamento de derecho 5º que: *"el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos"*. Véase también STC nº 22/1981, de 2 de julio, ponente Begué Cantón, fundamento de derecho 3º, EDJ 1981/88; STC nº 49/1982, de 14 de julio, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, fundamento de derecho 2º EDJ 1982/49; STC nº 2/1983, de 24 de enero, ponente Escudero del Corral, fundamento de derecho 4º EDJ 2/1983; STC nº 23/1984, de 20 de febrero, ponente Gómez-Ferrer Morant, fundamento de derecho 6º EDJ 1984/23; STC nº 209/1987, de 22 de diciembre, ponente Rubio Llorente, fundamento de derecho 3º EDJ 208/1987; STC nº 209/1988, de 10 de noviembre, ponente Truyol Serra, fundamento de derecho 6º EDJ 1988/525; STC nº 20/1991, de 31 de enero, ponente García-Mon y González-Regueral, fundamento de derecho 2º, EDJ 1991/977; STC nº 110/1993, de 25 de marzo, ponente García-Mon y González-Regueral, fundamento de derecho 6º, EDJ 1993/2983; STC nº 176/1993, de 27 de mayo, ponente González Campos, fundamento de derecho 2º, EDJ 1993/5037; STC nº 340/1993, de 16 de noviembre, ponente González Campos, fundamento de derecho 4º, EDJ 1993/10340; STC nº 117/1998, de 2 de junio, ponente Gimeno Sendra, fundamento de derecho 8º, EDJ 1998/14951; STC nº 200/2001, de 4 de octubre, ponente Conde Martín de Hijas, fundamento de derecho 4º, EDJ 2001/32232. En todas y a partir de la STC 22/1981, de 2 de junio, ya citada, se recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al art. 14 del CEDH.

³²⁶ CORTE HEREDERO, N. Breviario de jurisprudencia constitucional en materia laboral..., ob. cit., págs. 27 a 29.

³²⁷ La doctrina básica sobre este aspecto del principio de igualdad la podemos encontrar en las STC nº 148/1986, de 25 de noviembre, ponente Díaz Eimil, fundamento de derecho 6º, EDJ 1986/148; STC nº 29/1987, de 6 de marzo, ponente Vega Venayas, fundamento de derecho 5º, EDJ 1987/29 y STC nº 114/1987, de 6 de julio, ponente Leguina Villa, fundamento de derecho 3º, EDJ 1987/114; STC nº 109/1988, de 8 de junio, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, fundamento de derecho 1º, EDJ 1988/425 y STC nº 253/1988, de 20 de diciembre, ponente Begué Cantón, fundamento de derecho 5º, EDJ 1988/569, entre otras.

diferencia de trato³²⁸ ni un derecho a la igualdad en la ilegalidad³²⁹. Al respecto, la STC nº 103/1990, de 4 de junio³³⁰ señala en su fundamento de derecho 2º, que la vulneración del principio de igualdad se puede producir también cuando “...los Jueces y Tribunales aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca o no corrija trato discriminatorio en relación a otras situaciones válidamente comparables, y además la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que, en aquel caso, se produce...”. Esta misma sentencia³³¹ viene a exigir para apreciar la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley los siguientes requisitos: 1) la acreditación de un *tertium comparationis*³³²; 2) la identidad de supuestos resueltos de forma contradictoria; 3) la alteridad por cuanto que sólo se puede alegar discriminación respecto al trato dispensado a otro y; 4) identidad del órgano judicial que resuelve.

A la vista de lo anterior, cabría pensar que los términos “**desigualdades**” y “**diferencias**” podrían entenderse como sinónimos, sin embargo, FERRAJOLI³³³ los concibe como conceptos distintos, señalando que las diferencias consisten en “*las diversidades de nuestras identidades personales*” mientras que habla de desigualdades para referirse a las diversidades en nuestras condiciones materiales y que conciernen a “...los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación de todos en la vida democrática...”. Según FERRAJOLI³³⁴ el principio de igualdad se instaure porque somos diferentes y con el mismo se pretende “*tutelar y*

³²⁸ Y que implicaría un hipotético derecho a imponer o a exigir diferencias de trato, en CORTE HEREDERO, N. *Breviario de jurisprudencia constitucional en materia laboral...*, ob. cit., pág. 31.

³²⁹ Por el que aquel al que se le aplica la ley no puede alegar infracción al principio de igualdad por el hecho de que la ley no se aplique a otros que la han incumplido ni pretender su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, en CORTE HEREDERO, N. *Breviario de jurisprudencia constitucional en materia laboral...*, ob. cit., pág. 31.

³³⁰ STC nº 103/1990, de 4 de junio, ponente Díaz Eimil, fundamento de derecho 2º, EDJ 1990/5857.

³³¹ En su fundamento de derecho 2º.

³³² Confrontando la sentencia que se impugna de aquellas otras emitidas por el mismo órgano judicial con fallos distintos en supuestos sustancialmente idénticos.

³³³ FERRAJOLI, L., “La igualdad y sus garantías”, en RUÍZ MIGUEL, A. y MACÍA MORILLO, A., *Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 13, Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2009, págs. 311 a 313.

³³⁴ FERRAJOLI, L., “La igualdad y sus...”, ob. cit., pág. 312.

revalorizar las diferencias...y eliminar o reducir las desigualdades...". Además, distingue también entre **discriminaciones jurídicas**, por las que se excluye a determinadas personas de la titularidad de algunos derechos, por ejemplo, las que sufren los no ciudadanos frente a los ciudadanos, y discriminaciones de hecho, que son contrarias al principio de igualdad de oportunidades y que sufren, por ejemplo, las mujeres, los jóvenes, los ancianos o los inmigrantes³³⁵.

Según GIMÉNEZ GLÜCK³³⁶ la Constitución impone al legislador y a quienes aplican la ley la obligación de dispensar el mismo trato a personas que se encuentren en situaciones jurídicas idénticas, por lo que será inconstitucional cualquier trato desigual en supuestos de hecho iguales sin justificación objetiva y razonable.

Para que la desigualdad apreciada sea constitucional es necesario realizar, según ALONSO GARCÍA³³⁷, una triple comprobación: 1º) que exista la desigualdad denunciada (test de la diferencia de la consecuencia jurídica); 2º) que haya motivos para pretender la igualdad (test de la relevancia o irrelevancia de la desigualdad) y 3º) que esa desigualdad esté justificada (test de la razonabilidad en sentido amplio y estricto). En el **test de la desigualdad** lo que hay que demostrar es que el ordenamiento jurídico prevé consecuencias jurídicas diferentes para dos o más personas o colectivos. Con el **test de la relevancia**³³⁸ se debe probar que las diferencias en las consecuencias jurídicas tienen cierta identidad o relevancia jurídica pues, como hemos visto hasta el momento, no toda desigualdad es inconstitucional pero si los Tribunales o los órganos administrativos se alejan del precedente sentado, deberán motivarlo³³⁹. El TC, en su sentencia nº 59/1982, de 28 de julio³⁴⁰, considera que la diferencia apreciada tendrá

³³⁵ FERRAJOLI, L., "La igualdad y sus...", ob. cit., pág. 317.

³³⁶ GIMÉNEZ GLÜCK, D., "Juicio de igualdad y...", ob. cit., pág. 70.

³³⁷ ALONSO GARCÍA, E., "El principio de igualdad...", ob. cit., pág. 23.

³³⁸ ALONSO GARCÍA, E., "El principio de igualdad...", ob. cit., págs. 31 y 32.

³³⁹ A este respecto tenemos que recordar lo dispuesto en el art. 120.3 de la CE: "*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*" y en el art. 54 c) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que recoge que "*Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho...los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos*".

³⁴⁰ STC nº 59/1982, de 28 de julio, ponente Escudero del Corral, fundamento de derecho 3º, EDJ 1982/59.

relevancia jurídica cuando exista un principio jurídico del que derive la igualdad de trato entre los desigualmente tratados. Por último, ALONSO GARCÍA³⁴¹ habla de **test de la razonabilidad en sentido amplio** para referirse, remitiéndose a las SSTC nº 34/1981, de 10 de noviembre³⁴² y nº 22/81, de 2 de julio³⁴³, a la existencia de una causa objetiva y razonable que justifique dicha diferencia o desigualdad, debiendo apreciarse dicha justificación en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada y darse una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. El mismo es básico pues permitirá calificar una desigualdad como discriminación contraria al art. 14 de la CE. Por otra parte, dicho autor habla de **test de la razonabilidad en sentido estricto** señalando que consiste en “*examinar directamente las normas promulgadas por el poder público, introductor de la desigualdad, para ver si los motivos o razones que se alegan para justificar esa desigualdad están o no de acuerdo con los valores constitucionales*”³⁴⁴.

GIMÉNEZ GLÜCK³⁴⁵ entiende que más allá de las diferentes posiciones doctrinales sobre el test de la razonabilidad, lo único indiscutible es que “...*el TC divide el juicio de igualdad en la ley en dos partes: juicio de razonabilidad (la diferenciación ha de tener una justificación objetiva y razonable) y juicio de proporcionalidad (la diferencia de trato ha de ser proporcionada)*...”.

En todo caso, si se pretende resolver sobre la constitucionalidad o no de las diferencias establecidas por el legislador (y ver si éstas son razonables, justificadas y proporcionales), habrá de hacerse hincapié en el llamado *tertium comparationis* que constituye, según este autor³⁴⁶, una subcategoría³⁴⁷ dentro del juicio de igualdad y una situación jurídica formada por un supuesto de hecho al que se le atribuye una consecuencia jurídica contrapuesta a la situación jurídica impugnada, y que permitirá

³⁴¹ GARCÍA, E., “El principio de igualdad...”, ob. cit., págs. 37 a 46.

³⁴² En concreto el fundamento de derecho 3º, ponente Gómez-Ferrer Morant, EDJ 1981/34.

³⁴³ En concreto el fundamento de derecho 3º, ponente Begué Cantón, EDJ 1981/22.

³⁴⁴ GARCÍA, E., “El principio de igualdad...”, ob. cit., págs. 47 a 55.

³⁴⁵ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Juicio de igualdad y...”, ob. cit., pág. 56

³⁴⁶ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Juicio de igualdad y...”, ob. cit., pág. 70

³⁴⁷ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Recensión sobre GAVARA DE CARA, J.C., Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, Uned, 2007, pág. 681.

constatar la motivación empleada por el legislador³⁴⁸. GIMÉNEZ GLÜCK³⁴⁹ explica muy bien este término a través de unos ejemplos que permiten un entendimiento bastante rápido de este concepto y, entre ellos, uno que se refiere a la impugnación que pudiera efectuar un traficante de marihuana de los artículos del Código Penal que castigan los delitos contra la salud pública situando como término de comparación, la situación jurídica en la que se encuentran las empresas y personas que tienen como centro de negocio otra droga como es el tabaco. Según el mismo, una vez que se admitiera este término de comparación, el actor debería probar que la igualdad entre los dos supuestos de hecho para conseguir que el Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad de la norma penal a través del juicio de racionalidad. Aunque este ejemplo es bastante esclarecedor, no lo concibo muy acertado pues aunque el TC admitiera esa situación de ilegalidad como término de comparación siempre podría resolver que las situaciones jurídicas planteadas son distintas y a esa misma conclusión llega el propio autor³⁵⁰.

Para RUBIO LLORENTE³⁵¹ es necesario que exista algún tipo de diversidad entre los términos de comparación que actúe como condición indispensable del juicio de igualdad y que está representado, según el mismo, por *un determinado punto de vista desde el que se lleva a cabo el juicio de igualdad... y que se arranca siempre de la no identidad o...de la existencia de diferencias reales entre los hombres*. En su opinión, el *tertium comparationis* no ofrece ningún problema a los Jueces o Tribunales y la propia Administración, pues como destinatarios del principio de igualdad su contenido, identificado con el principio de legalidad, les obliga a aplicar la ley y a la hora de resolver, si se separan del precedente deberán motivarlo suficientemente. Sin embargo, dicho elemento tiene un contenido más amplio para el legislador, pues el principio de igualdad le impide establecer diferencias entre los ciudadanos y por imperativo constitucional (art. 9.2 de la CE) deberá corregir las mismas³⁵², dentro del margen de

³⁴⁸ Y decidir, en última instancia, si las diferencias introducidas por el mismo son objetivas y racionales. En este sentido, ZOCO ZABALA, C., “Sobre el término de comparación en la aplicación del principio de igualdad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 77, mayo-agosto, 2006, pág. 325.

³⁴⁹ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Juicio de igualdad y...”, ob. cit., pág. 71 y 72.

³⁵⁰ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Juicio de igualdad y...”, ob. cit., págs. 75 a 77.

³⁵¹ RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 31, 1991, pág. 12 a 15.

³⁵² RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la...”, ob. cit., págs. 27 y 35.

discrecionalidad del que dispone, según los controles o test ya mencionados, y sin olvidar su vinculación última a la CE y sus fines³⁵³ de forma real y efectiva³⁵⁴, a la que como partícipe de un Estado de Derecho debe sumisión³⁵⁵.

Uno de los parámetros en los que debe moverse el legislador está representado por el contenido del art. 14 de la CE que prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social aunque, sin embargo, lo anterior no impidió que el mismo elaborara acciones protectoras que establecían ventajas para determinados colectivos, como por ejemplo, las dictadas a favor de la mujer en determinados ámbitos, sobre las que posteriormente tuvo que pronunciarse el Tribunal Constitucional con diferente resultado³⁵⁶.

Con GIMÉNEZ GLÜCK³⁵⁷ se puede distinguir entre las llamadas **medidas de igualdad positiva**, que son aquellas normas que tienen como finalidad favorecer a determinados colectivos socialmente desaventajados por razón de su situación individual, y las llamadas **acciones positivas**, que tienen por objeto compensar una desigualdad material del grupo en su conjunto y como medida contra la discriminación que el mismo sufre. El control que sufren éstas últimas para admitir su constitucional exige examinar que el colectivo afectado se encuentra en una situación de desigualdad pues, de lo contrario, dichas medidas ya no tendrían sentido y devendrían inconstitucionales. Son medidas, por consiguiente, de carácter meramente temporal.

Para este autor las acciones positivas presentan tres características fundamentales: 1) La medida se dirige a colectivos que materialmente son diferentes como colectivo; 2) la medida tiene por objeto compensar esa desigualdad sufrida como grupo; y 3) la característica que los diferencia es precisamente lo que los distingue

³⁵³ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, nº 9, septiembre-diciembre 1983, pág. 102.

³⁵⁴ VILAS NOGUEIRA, J., “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, nº 12, septiembre-diciembre, 1984, pág. 91.

³⁵⁵ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1991, pág. 94.

³⁵⁶ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Juicio de igualdad y...”, ob. cit., págs. 217 y ss, en donde se concluye que, con carácter general, el TC sólo viene a admitir acciones protectoras que protejan a la mujer en su embarazo y maternidad.

³⁵⁷ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Juicio de igualdad y...”, ob. cit., págs. 311 y ss.

como conjunto de personas. A pesar de lo expuesto, el autor reconoce que no es una posición consolidada en España entre la doctrina pues en muchas ocasiones todavía se considera que la acción positiva entraña un beneficio para el colectivo desigual³⁵⁸.

En el ámbito concreto de la violencia de género, para GIMÉNEZ GLÜCK y VALLDECABRES ORTÍZ³⁵⁹, si la finalidad de la LIVG es actuar contra la discriminación de la mujer que se manifiesta a través de la violencia, resulta necesario preguntarse si el supuesto de hecho regulado (violencia sobre la mujer en una relación de afectividad) es similar al que constituye el término de comparación (violencia sobre el hombre en una relación de afectividad). La respuesta que obtienen es negativa pues la violencia sufrida por la mujer no constituye un hecho aislado sino que es la manifestación de un modelo de sociedad desigualitaria y dicha característica no se da en la violencia sufrida por el hombre, por lo que atribuir diferentes consecuencias jurídicas a ambos supuestos, según dichos autores, no atenta contra el art. 14 de la CE.

Respecto a la naturaleza de las sanciones penales recogidas en la LIVG, señala GIMÉNEZ GLÜCK³⁶⁰ que presenta las suficientes novedades como para reflexionar si el aumento de la limitación del derecho a la libertad y seguridad del art. 17 de la CE tiene cabida dentro de las acciones positivas. Para este autor, no estamos ante una cuota para acceder a algún bien escaso de la sociedad (medida de discriminación inversa) ni tampoco se puede decir que sea una acción positiva moderada pues el daño provocado al colectivo no favorecido por la medida (un mayor tiempo de privación de libertad) no es menor. Según él mismo no se trata de no conseguir un bien social en función del género sino de, en función del mismo, aumentar la limitación del derecho a la libertad y seguridad personal. Tras la reflexión anterior entiende que debe ser positiva la respuesta aunque la clave la sitúa en determinar si estas medidas favorecen la igualdad de la mujer en la sociedad (lo que se denomina la igualdad material) pues para él mismo, ello sí que representa una característica que define el concepto de acción positiva.

³⁵⁸ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Juicio de igualdad y...”, ob. cit., págs. 316 y ss y “La acción positiva y la Ley Integral contra la Violencia de Género” en *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de género*, Ministerio de Justicia y Secretaria General Técnica, Madrid, 2005, págs. 21 a 27.

³⁵⁹ GIMÉNEZ GLÜCK, D. y VALLDECABRES ORTÍZ, I., “La constitucionalidad de la protección penal específica para las mujeres víctimas de violencia de género”, en *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de género*, Ministerio de Justicia y Secretaria General Técnica, Madrid, 2005, pág. 51

³⁶⁰ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “La acción positiva y la Ley...”, ob. cit., págs. 26 y 27.

En su opinión, toda la Ley Integral, incluida la parte penal, tiene como finalidad combatir la discriminación sufrida por las mujeres en la sociedad y el machismo que propicia la situación de inferioridad en la que se basa la violencia sufrida por las mismas y, en ese sentido, la singularización, incluso penal, de este tipo de violencia es necesaria para alcanzar la igualdad material entre géneros. Sobre la naturaleza jurídica de las medidas previstas en la LIVG, concluye que pese a que no se traten de cuotas se aproxima más a las medidas de discriminación inversa que a las acciones positivas moderadas.

Según RUBIO LLORENTE³⁶¹ la tensión entre el principio de igualdad y las acciones positivas se produce en muchas ocasiones porque los grupos sobre los que recaen las mismas son grupos sociales que se encuentran en una desventaja social definida por unos criterios cuyo uso están expresamente prohibidos por la CE³⁶², de difícil justificación y que provocan posturas enfrentadas entre quienes quieren paliar los efectos de dicha discriminación y los que se oponen a que se adopten dichas medidas favorables.

Para MANJÓN-CABEZA OLMEDA³⁶³ las medidas de tutela penal y procesal previstas en la LIVG no suponen medidas de acción positiva sino que prefiere hablar de discriminación negativa contra el varón, pues el colectivo de mujeres no se ve beneficiado ni van dirigidas a todas ellas y considera más atendible adoptar una discriminación positiva indirecta que, sin afectar a los derechos fundamentales, beneficiaría a un elevadísimo porcentaje de mujeres. Además entiende que si la discriminación positiva se justifica cuando la desigualdad afecta a todo un colectivo, esto no ocurre en materia de violencia de género donde no ve justificado el uso del derecho penal como herramienta reparadora de las desigualdades que afectan a las mujeres.

³⁶¹ RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la...”, ob. cit., pág. 35 y 36.

³⁶² El art. 14 se refiere al nacimiento, raza, sexo, opinión, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

³⁶³ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Cóllex, Madrid, 2006, págs. 46 y ss.

A la hora de analizar la constitucionalidad de esas “diferencias de trato” cobra vital importancia el **principio de proporcionalidad** en el que, de modo general, se valoran los medios utilizados para alcanzar el fin propuesto por el legislador.

El principio de proporcionalidad, a diferencia del de igualdad, no tiene una consagración en nuestra CE, aunque no faltan autores que pretenden incluirlo en algunos preceptos de la misma³⁶⁴, pero aún así, según CUERDA ARNAU³⁶⁵ la doctrina española de forma mayoritaria defiende, incluido esta autora, que el principio mencionado puede inferirse de dos ideas: del concepto de Estado democrático de derecho y de la esencia misma de los derechos fundamentales. Y todo a pesar de la vacilante postura inicial que mantuvo el TC³⁶⁶, tanto en cuanto a su fundamento, como en cuanto a su contenido y consecuencias³⁶⁷, aunque con la STC nº 65/1986, de 22 de mayo³⁶⁸ parece seguir el camino del Tribunal Constitucional Alemán al atribuirle rango constitucional a este principio³⁶⁹.

Aplicado en diferentes órdenes jurisdiccionales, según BARNES VÁZQUEZ³⁷⁰, este principio está integrado por un conjunto de *criterios o herramientas que permiten*

³⁶⁴ CUERDA ARNAU, M.L., “Aproximación al principio de proporcionalidad penal”, en *Estudios jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*, Tomo I, Universitat de Valencia e Institut de Criminología, Valencia, 1997, pág. 456.

³⁶⁵ CUERDA ARNAU, M.L., “Aproximación al principio de...”, ob. cit., pág. 454.

³⁶⁶ Véase, por ejemplo, la STC nº 62/1982, de 15 de octubre, ponente Gómez-Ferrer Morant, EDJ 1982/62 y la STC nº 6/1988, de 21 de enero, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, EDJ 1988/322.

³⁶⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, pág. 192.

³⁶⁸ Ponente Latorre Segura, fundamento de derecho 2º, EDJ 1986/65.

³⁶⁹ Véase igualmente la STC nº 85/1992, de 8 de junio, ponente Díaz Eimil, EDJ 1992/5974, cuyo fundamento de derecho 4º señala que “...es importante destacar que, al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho...”; y las STC nº 111/1993, de 25 de marzo, ponente Rodríguez Bereijo, fundamento de derecho 9º, EDJ 1993/2984; la STC nº 55/1996, de 28 de marzo, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1996/976; STC nº 161/1997, de 2 de octubre, ponente Viver Pi-Sunyer, fundamento de derecho 10º, EDJ 1997/5477; STC nº 136/1999, de 20 de julio, ponente Viver Pi-Sunyer, fundamento de derecho 22º, EDJ 1999/14094 y más recientemente, las STC nº 253/2004, de 22 de diciembre, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, fundamento de derecho 5º, EDJ 2004/196997; STC nº 89/2006, de 27 de marzo, ponente Casas Baamonte, fundamento de derecho 3º, EDJ 2006/29027; STC nº 140/2009, de 15 de junio, ponente Pérez Tremps, fundamento de derecho 6º, EDJ 2009/150236; STC nº 173/2011, de 7 de noviembre, ponente Gay Montalvo, fundamento de derecho 2º, EDJ 2011/258868; y STC nº 61/2013, de 14 de marzo, ponente Pérez de los Cobos Orihuel, fundamento de derecho 1º, EDJ 2013/35086 entre otras.

³⁷⁰ BARNES VÁZQUEZ, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, pág. 16.

medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, y podemos distinguir tres elementos o subprincipios dentro del mismo: 1) el de idoneidad; 2) el de necesidad o indispensabilidad y, 3) el de proporcionalidad en sentido estricto.

Con el **principio de idoneidad**, según PERELLO DOMENECH³⁷¹, se comprueba si la medida restrictiva es útil para la consecución del fin perseguido por el legislador, es decir, analizando la adecuación medio-fin. Con el **principio de necesidad**, se analiza si existe o no una medida menos restrictiva para alcanzar dicho fin, es decir, si existe una alternativa menos gravosa e igualmente idónea. Por último, con el **principio de proporcionalidad en sentido estricto**, se lleva a cabo una ponderación de los intereses contrapuestos (ventajas y perjuicios) que se derivan de la medida adoptada por el legislador. Pero, según BARNES VÁZQUEZ³⁷², lo que en modo alguno realiza este principio es imponer el concepto propio de lo que es proporcionado³⁷³ ni otorga tampoco la solución más idónea.

Este principio reviste vital importancia pues, como ya hemos analizado en el principio de igualdad, forma parte del test de la razonabilidad en sentido amplio, al entender el TC en numerosas sentencias y desde la STC nº 22/1981³⁷⁴, de 2 de julio, que no toda desigualdad implica una discriminación puesto que “...la igualdad sólo será violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida...”, y en uno de los campos donde más despliega su eficacia es en el del derecho penal, en donde se mide, según BARNES VÁZQUEZ³⁷⁵, que la pena prevista sea idónea y necesaria. El propio TC se encarga de resaltar la importancia del principio aludido en la reciente sentencia nº 41/2013, de 14

³⁷¹ PERELLO DOMENECH, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia*, nº 28, 1999, págs. 69 a 75.

³⁷² BARNES VÁZQUEZ, J., “El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 28 y 29.

³⁷³ Al ser íntima la valoración de lo que se compensa y de si merece o no la pena.

³⁷⁴ STC nº 22/1981, de 2 de julio, ponente Begué Cantón, fundamento de derecho 3º, EDJ 1981/88.

³⁷⁵ BARNES VÁZQUEZ, J., “El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 29.

de febrero³⁷⁶ en la que manifiesta que “...*El principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida...*”³⁷⁷.

NAVARRO FRÍAS³⁷⁸ asume una concepción de este principio que engloba el estudio de tres elementos: 1) si la intervención jurídico-penal persigue la protección de un determinado bien jurídico; 2) si la protección es idónea para tal fin, y 3) si es proporcional en sentido estricto. Además parte de que la intervención jurídico-penal debe estar orientada a la protección de bienes jurídicos y que la misma ha de resultar necesaria, idónea y proporcionada desde un punto de vista estricto. Del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto destaca el debate tan amplio que genera dentro del análisis del principio de proporcionalidad en sentido amplio (como integrante del mismo) sobre si debe equiparse al principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la pena (y concebirlo desde un punto de vista más limitado) o si más bien supone un equilibrio entre los pros y los contras de la protección penal³⁷⁹ (o como ella lo denomina “*balance amplio de costes y beneficios de la norma penal*” y que implica una visión más amplia del mismo y sin renunciar, en absoluto, al tradicional principio de proporcionalidad de las penas).

³⁷⁶ Ponente Aragón Reyes, fundamento de derecho 6º, EDJ 2013/8459

³⁷⁷ Podemos encontrar pronunciamientos similares en las STC nº 49/1982, de 14 de julio, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, fundamento de derecho 2º, EDJ 1982/49; STC nº 2/1983, de 24 de enero, ponente Escudero del Corral, fundamento de derecho 4º, EDJ 1983/2; STC nº 23/1984, de 20 de febrero, ponente Gómez-Ferrer Morant, fundamento de derecho 6º, EDJ 1984/23; STC nº 209/1987, de 22 de diciembre, ponente Rubio Llorente, fundamento de derecho 3º, EDJ 1987/208; STC nº 209/1988, de 10 de noviembre, ponente Truyol Serra, fundamento de derecho 6º, EDJ 1988/525; STC nº 20/1991, de 31 de enero, ponente García-Mon y González-Regueral, fundamento de derecho 2º, EDJ 1991/977; STC nº 110/1993, de 25 de marzo, ponente García-Mon y González-Regueral, fundamento de derecho 6º, EDJ 1993/2983; STC nº 176/1993, de 27 de mayo, ponente González Campos, fundamento de derecho 2º, EDJ 1993/5037; STC nº 340/1993, de 16 de noviembre, ponente González Campos, fundamento de derecho 4º, EDJ 1993/10340; STC nº 117/1998, de 2 de junio, ponente Gimeno Sendra, fundamento de derecho 8º, EDJ 1998/14951; STC nº 200/2001, de 4 de octubre, ponente Conde Martín de Hijas, fundamento de derecho 4º, EDJ 2001/32232 y por todas la STC nº 39/2002, de 14 de febrero, ponente Jiménez Sánchez, fundamento de derecho 4º, EDJ 2002/1523. Más recientemente, y en la misma línea, la STC nº 77/2013, de 8 de abril, ponente Ortega Álvarez, fundamento de derecho 3º, EDJ 2013/53347.

³⁷⁸ NAVARRO FRÍAS, I., “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 2/2010, Barcelona, 2010, págs. 3 y 4.

³⁷⁹ NAVARRO FRÍAS, I., “El principio de...”, ob. cit., pág. 5-6.

CUERDA ARNAU asume la construcción alemana del principio y habla de tres requisitos que debe cumplir el principio de proporcionalidad: 1) adecuación de la medida al fin que la justifica; 2) la necesidad de la misma y; 3) proporcionalidad en sentido estricto, y lo concibe como un principio general del Derecho dotado de rango constitucional que incide en el fundamento del Derecho penal³⁸⁰. Desde el punto de vista de la adecuación entiende que sólo se declarará la inconstitucionalidad de la norma penal cuando la misma sea inequívocamente inapropiada para la consecución del fin propuesto en ella, es decir, la pena debe ser un medio idóneo para tutelar el bien jurídico en cuestión³⁸¹.

Respecto a la necesidad, implica que el TC declarará la expulsión de la norma penal del ordenamiento jurídico cuando resulte excesivamente gravosa en comparación con otra que permita obtener idéntico resultado³⁸².

Por último, y sobre el principio de proporcionalidad penal en sentido estricto, disiente la autora del TC cuando el Alto Tribunal se declara incompetente del juicio de proporcionalidad de la pena prevista por la Ley con carácter general en detrimento del legislador, al entender que la valoración de los límites a los derechos fundamentales recogidos en la misma debe ser tarea del TC³⁸³ y considera legítimo renunciar a la imposición de la pena, u optar por otra de menor entidad, cuando la finalidad de la tutela quede satisfecha de ese modo³⁸⁴.

GIMÉNEZ GLÜCK³⁸⁵ califica el principio estudiado como *“una pieza esencial de la teoría general de los derechos fundamentales y, sobre todo, es junto al contenido esencial, la técnica más importante de límite a la actividad limitadora del legislador de dichos derechos fundamentales”* y lo subdivide también en tres subprincipios: 1) congruencia o idoneidad, en el que se estudia si la limitación de derechos prevista es o

³⁸⁰ CUERDA ARNAU, M.L., “Aproximación al principio de...”, ob. cit., pág. 451 y ss.

³⁸¹ CUERDA ARNAU, M.L., “Aproximación al principio de...”, ob. cit., pág. 464.

³⁸² La autora afirma que la concreción de este principio impone dos consecuencias sobre el derecho penal: la de su carácter fragmentario y subsidiario en CUERDA ARNAU, M.L., “Aproximación al principio de...”, ob. cit., págs. 470 y ss.

³⁸³ CUERDA ARNAU, M.L., “Aproximación al principio de...”, ob. cit., pág. 465.

³⁸⁴ CUERDA ARNAU, M.L., “Aproximación al principio de...”, ob. cit., pág. 477.

³⁸⁵ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Juicio de igualdad y...”, ob. cit., págs. 91 y ss.

no idónea con la finalidad perseguida por el legislador; 2) necesidad, en la que se analiza si dicha limitación es la opción menos gravosa para alcanzar dicha finalidad y 3) proporcionalidad en sentido estricto, en la que se examina si la relación entre la finalidad y los medios empleados para alcanzarla es proporcionada.

Sobre el subprincipio de idoneidad destaca el carácter flexible y permisivo que ha tenido el TC sobre su control y sobre el subprincipio de necesidad el uso extremadamente moderado que se ha tenido del mismo. Del principio de proporcionalidad estricto destaca el carácter subjetivo y laxo del mismo, no exento de polémica como cabe extraer de las sentencias en las que se ha utilizado como base para su fallo, como sucede con la STC nº 136/1999, de 20 de julio³⁸⁶ sobre la Mesa Nacional de Herri Batasuna³⁸⁷.

Al estudiar el principio de proporcionalidad en relación a los delitos de violencia de género GIMÉNEZ GLÜCK y VALLDECABRES ORTÍZ³⁸⁸ entienden, sin lugar a dudas, que el recurso a las penas privativas de libertad que ha efectuado el legislador es adecuado, necesario y no excesivo para hacer frente a los miles de casos de violencia de género. En términos absolutos, defienden que la sanción penal no es excesivamente contundente si se tiene en cuenta el excepcional problema de seguridad que sufren las mujeres, idea que se refuerza aún más si se observa que las penas privativas de libertad que se contemplan en la Ley 1/2004 son de la misma naturaleza que las que se establecen en esos mismos supuestos con relación a otro tipo de víctimas y que permiten alejar al agresor y otorgar seguridad a las víctimas. Por último, concluyen que la agravación penológica contemplada es mínima si se la compara con el resto de supuestos (los que no son ni violencia de género y los que afectan a los sujetos no protegidos de la violencia doméstica).

En la misma línea nos encontramos a MEDINA GUERRERO quien se refiere a esos tres requisitos como subprincipios que debe cumplir la norma aunque a la hora de referirse al subprincipio de idoneidad se refiere al mismo como “*juicio de adecuación*”

³⁸⁶ Ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1999/14094.

³⁸⁷ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Juicio de igualdad y...”, ob. cit., págs. 98 y ss.

³⁸⁸ GIMÉNEZ GLÜCK D. y VALLDECABRES ORTÍZ I., “La constitucionalidad de la protección penal específica para las mujeres víctimas de violencia de género”, en *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ministerio de Justicia y Secretaría General Técnica, Madrid, 2005, págs. 57 y 58.

y al de necesidad como “*juicio de indispensabilidad*”. Concibe el principio de proporcionalidad como una “*técnica de control del legislador limitador de los derechos fundamentales*”³⁸⁹. Si bien entiende que la aplicación por el TC de los principios de adecuación y de necesidad ha sido bastante dispar, destaca el constante y frecuente uso del principio de proporcionalidad en sentido estricto como instrumento de control al legislador a partir de la STC n° 55/1996, de 28 de marzo³⁹⁰, y ello a pesar de las iniciales voces críticas que surgieron, incluso dentro del propio TC³⁹¹, sobre la subordinación del legislador al principio de proporcionalidad³⁹².

ARROYO ZAPATERO³⁹³ al estudiar el principio de proporcionalidad, y a pesar de distinguir dentro del mismo los subprincipios de idoneidad (entendido como capacidad de protección penal), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, identifica necesidad como subsidiariedad o *ultima ratio* señalando que sólo tendrá sentido en un ordenamiento jurídico en el que efectivamente la norma penal sea la más grave entre todas las existentes. Respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, entiende el mismo dirigido tanto al legislador, en el momento de realizar la descripción típica, como al juez, quien puede apartarse de una interpretación formal del tipo delictivo invocando el principio estudiado.

DÍEZ RIPOLLÉS pone de manifiesto la superposición de los diferentes contenidos del principio de proporcionalidad hasta tal punto que concluye que las “*reflexiones sobre efectividad y eficacia de la norma fundamentan los componentes de la idoneidad y necesidad, sin que se aprecien contenidos diferenciados entre ellos más*”

³⁸⁹ MEDINA GUERRERO, M., “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Público*, n° 5, 1998, págs. 120 y ss.

³⁹⁰ Ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1996/976.

³⁹¹ Véase a modo de ejemplo los votos particulares de las STC n° 196/1987, de 11 de diciembre, ponente Díaz Eimil, EDJ 1987/195; STC n° 142/1993, de 22 de abril, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1993/3778; STC n° 158/1993, de 6 de mayo, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1993/4252; STC n° 215/1994, de 14 de julio, ponente García-Mon y González-Reguer, EDJ 1994/10563 y STC n° 48/1995, de 14 de febrero, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1995/239.

³⁹² MEDINA GUERRERO, M., “El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., págs. 125 y ss.

³⁹³ ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho penal económico y constitución”, *Revista Penal*, 1998, n° 1, págs. 5 y ss.

allá de un inequívoco alojamiento del principio de subsidiariedad en el componente de la necesidad...”³⁹⁴.

GARCÍA PÉREZ³⁹⁵, siguiendo a ARROYO ZAPATERO y a DÍEZ RIPOLLÉS, distingue el principio de proporcionalidad en sentido amplio y en sentido estricto y, dentro del primero, a diferencia de la anterior postura, prefiere aglutinar la necesidad y la idoneidad dentro de un solo principio que lo identifica como de subsidiariedad y señala que “...la intervención penal será necesaria si es idónea para prevenir delitos, no hay otros medios menos gravosos en el ámbito social o en otros sectores del ordenamiento jurídico y tampoco existen otros instrumentos menos lesivos en el propio Derecho Penal”.

Para LASCURAÍN SÁNCHEZ³⁹⁶ el juicio de proporcionalidad comporta dos juicios, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. A estos dos juicios añade además dos elementos necesarios para poder practicar el análisis de proporcionalidad y que están referidos a la calidad de libertad del bien jurídico protegido y a la propia instrumentalidad de la sanción.

El propio TC tuvo ocasión de pronunciarse al respecto y lo hizo en la STC nº 66/1995, de 8 de mayo³⁹⁷ en su fundamento de derecho 5º entendiendo, al hablar del principio de proporcionalidad, que el mismo está constituido por tres elementos o requisitos que exigen evaluar: 1) si la medida adoptada y discutida es susceptible de cumplir el objetivo propuesto; 2) si es necesaria, en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con idéntica eficacia y; 3) si la medida adoptada es proporcionada en sentido estricto; es decir, si resulta ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

³⁹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 75, 2005, págs. 98 y ss.

³⁹⁵ GARCÍA PÉREZ, O., “La razonabilidad de la proporcionalidad en los sistemas orientados a la prevención general”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-09, 2007, pág. 13 y 14.

³⁹⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, págs. 163 y ss.

³⁹⁷ STC nº 66/1995, de 8 de mayo, ponente Viver Pi-Sunyer, fundamento de derecho 5º, EDJ 1995/2054.

Sobre el juicio estricto de proporcionalidad, manifestó a través de la STC n° 136/1999, de 20 de julio, en su fundamento de derecho 29°, que el mismo “...es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir- y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales- y la gravedad de la pena que se impone -y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales-...”³⁹⁸.

Ya esté constituido por dos elementos, como defiende parte de la doctrina como DÍEZ RIPOLLÉS, LASCURAÍN SÁNCHEZ y GARCÍA PÉREZ, o por tres, como respalda el TC, con BARNES VÁZQUEZ³⁹⁹ podemos concluir que el principio de proporcionalidad reviste entidad propia dentro del principio de igualdad (pero no independencia) hasta tal punto de poder afirmar que una norma puede resultar desigual por adolecer de cualquier fundamento objetivo e irracional y no ser desproporcionada y, a la inversa, una norma desproporcionada puede no resultar arbitraria o irracional. Para DE LA MATA BARRANCO⁴⁰⁰ la desproporción sólo se producirá cuando, desde una perspectiva garantista de máximos, que él no comparte, se traspasen los mismos al quebrarse la relación existente entre las penas y las conductas a comparar resultando que la misma pena impuesta a dos conductas diferentes será contraria al principio de igualdad si no se respeta la proporcionalidad en las penas que las conductas merecen y porque dos conductas diferentes se estarán penando de la misma forma sin tener que serlo⁴⁰¹.

BARNES VÁZQUEZ⁴⁰² sitúa la dificultad de delimitar la razonabilidad de la proporcionalidad en el grado de abstracción del que se parta afirmando que si se admite que la razonabilidad no comporta solamente un juicio de relaciones llega a la conclusión de que la misma puede diferenciarse de la proporcionalidad en que si bien la

³⁹⁸ Ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1999/14094.

³⁹⁹ BARNES VÁZQUEZ, J., “El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pág. 38.

⁴⁰⁰ DE LA MATA BARRANCO, N.J., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 104.

⁴⁰¹ DE LA MATA BARRANCO, N.J., *El principio de proporcionalidad...*, ob. cit., pág. 104, especifica que “...Si se entiende en cambio que la idea de proporción únicamente refleja una comparación relativa de términos en la que si “a” es mayor que “b”, necesariamente “A” tiene que ser mayor que “B”, sin duda siempre, la desproporción, la quiebra de esa relación implicará la quiebra del principio de igualdad, porque dos situaciones desiguales se estarán tratando o de la misma manera o con un margen de desigualdad menor que el que realmente merecen...”.

⁴⁰² BARNES VÁZQUEZ, J., “El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., págs. 37 y 38.

razonabilidad se determina *per se* (algo es en sí mismo racional o no) la proporcionalidad siempre vendrá determinada *per relationem* (por su relación con algo).

La importancia de los tres subprincipios que componen el principio de proporcionalidad ha sido dispar hasta tal punto en que solo el principio de proporcionalidad en sentido estricto ha sido utilizado en numerosas ocasiones como el principal argumento para declarar inconstitucional la disposición impugnada⁴⁰³, quizás debido a una identificación entre el principio de proporcionalidad en sentido amplio y al extenso margen de actuación que se deja al intérprete, lo cual redundaría en perjuicio de su utilización como mecanismo de control, de forma que la revisión constitucional a través de este principio resulta muy limitado; como por ejemplo se observa, entre otras, en la STC nº 11/1981, de 8 de abril⁴⁰⁴, la STC nº 332/1994, de 19 de diciembre⁴⁰⁵ y la STC nº 55/1996⁴⁰⁶, de 28 de marzo, en las que se recuerda la imposibilidad de que se pueda invocar este principio de forma autónoma y aislada para declarar la inconstitucionalidad de una norma. En particular, en la STC nº 55/1996, de 28 de marzo se nos dice en el fundamento de derecho 9º que “...*La vertiente del principio de proporcionalidad que se refiere a la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena (proporcionalidad en sentido estricto)... corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa que se rige...por una multiplicidad de criterios...no obstante, esta relación de proporcionalidad en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad política no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona...Sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional...*”⁴⁰⁷.

⁴⁰³ MEDINA GUERRERO, M., “El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., págs. 127 y ss.

⁴⁰⁴ STC nº 11/1981, de 8 de abril, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, EDJ 1981/11.

⁴⁰⁵ STC nº 332/1994, de 19 de diciembre, ponente Gabaldón López, EDJ 1994/9318.

⁴⁰⁶ STC nº 55/1996, de 28 de marzo, ponente Viver Pi-Sunyer, fundamento de derecho 9º EDJ 1996/976,

⁴⁰⁷ Véase también más recientes STC nº 56/2004, de 19 de abril, ponente Delgado Barrio, fundamento de derecho 5º, EDJ 2004/12036; STC nº 159/2005, de 20 de junio, ponente García-Calvo y Montiel, fundamento de derecho 3º, EDJ 2005/76683 y STC nº 173/2011, de 7 de noviembre, ponente Gay Montalvo, fundamento de derecho 2º, EDJ 2011/258868 entre otras.

En resumen cabe afirmar, con MEDINA GUERRERO⁴⁰⁸ que la utilización del principio de proporcionalidad como limitador de la actividad del legislador ofrece resultados bastantes limitados y a la luz de las sentencias señaladas, sólo un desequilibrio patente, excesivo y en el que se evidencie de forma manifiesta la existencia de otro medio alternativo concluirá con la declaración de inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

Además de lo anterior, habría que añadir la subjetividad valorativa que comporta la aplicación del mismo, desde una perspectiva discrecional, para el órgano jurisdiccional, lo que en palabras de PRIETO SANCHÍS⁴⁰⁹ es algo característico del rostro jánico⁴¹⁰ que presentan los principios constitucionales.

A la vista de todo lo analizado hasta este momento podemos concluir que el principio de igualdad no es un principio absoluto sino que circunstancias objetivas y razonables justifican que el legislador pueda imponer diferencias de diversa índole entre los ciudadanos, por lo que lejos de garantizar una igualdad real entre todos, avala que las diferencias acordadas por el legislador estén debidamente justificadas y motivadas, habida cuenta de que, como ya decía RUBIO LLORENTE⁴¹¹, “lo propio del derecho es establecer diferencias”.

Hemos apreciado que el principio de igualdad muestra dos vertientes: la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley que garantizan, la primera de ellas, que todo el que se halla en la misma situación jurídica obtenga del legislador el mismo tratamiento y que, para el caso de contemplar diferencias, se motiven suficientemente al apreciar que el trato diferenciado está justificado, tanto objetiva como razonablemente, y no es desproporcionado, y la segunda, que un órgano judicial resuelva de idéntica forma casos sustancialmente iguales y que cuando se aleje del precedente sentado por el mismo, lo motive suficientemente.

⁴⁰⁸ MEDINA GUERRERO, M., “El principio de proporcionalidad...”, ob. cit., págs. 133 y ss.

⁴⁰⁹ PRIETO SANCHÍS, L., “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, nº 23, 2000, pág. 173.

⁴¹⁰ Como clara referencia al Dios romano Jano de dos caras capaz de albergar dos o más ideas o conceptos contrapuestos.

⁴¹¹ RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la...”, ob. cit., pág. 16.

Ya se hable de diferencia, desigualdad o de discriminación, aunque no como términos sinónimos, es necesario probar, para que sea conforme a la CE, que la misma existe (a través del test de la desigualdad), que reviste cierta entidad (a través del test de la relevancia) y que se justifica objetiva y razonablemente (a través del test de la razonabilidad en sentido amplio) porque, además, no es desproporcionada (test de la proporcionalidad).

De entre las anteriores destacaban las llamadas acciones positivas, que permitían compensar una desigualdad material sufrida por un colectivo y que le hace ser discriminado. Mostrábamos, con la doctrina analizada, como se caracterizaban porque: 1) Se dirigen a colectivos diferentes; 2) pretender compensar la desigualdad sufrida, y 3) la característica que los diferencia es la que los distingue como grupo; e incluso se decía que con las mismas se pretendía beneficiar a dicho colectivo afectado.

Si traemos a colación al respecto de lo que acabamos de ver sobre las acciones positivas algunas de las críticas dispensadas a la LIVG, en las que se tildaba de acciones positivas al diferente trato punitivo dispensado por el legislador, en algunos tipos penales, al varón y a la mujer, he de concluir que con el mismo ni se beneficia a la mujer ni se pretende poner fin a una situación de discriminación sino que más bien, se pretende atajar el ataque a la misma y la lesión que sufren sus distintos bienes jurídicos por su condición de mujer. Si partimos, por ejemplo, de la pena prevista en el tipo del art. 153.1 del CP⁴¹², no comparto que la diferencia punitiva prevista para el hombre y la mujer, pretenda superar una situación de discriminación en la que pueda encontrarse la mujer sino más bien dar diferente respuesta a una realidad social diferente, pues no es lo mismo, en mi opinión y en la misma línea seguida por LARRAURI PIJOÁN⁴¹³, sufrir

⁴¹² En el que se castiga a “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el mismo, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de 30 a 81 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y un día a 3 años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estimen adecuado al interés del menor o incapaz, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años”. Para el caso de que la víctima fuera el varón, habría que acudir al art. 153.2 del CP en el que la respuesta punitiva estriba en que la pena de prisión abarca de 3 meses a un año y la inhabilitación prevista, de 6 meses a 3 años.

⁴¹³ LARRAURI PIJOÁN, E., “Igualdad y violencia de...”, ob. cit., pág. 11.

una agresión de un hombre que de una mujer, por lo que rechazo, por los motivos expuestos, que ese diferente trato punitivo sea una acción positiva.

Respecto al término *discriminación negativa* que hemos visto empleado por MANJÓN-CABEZA OLMEDA tampoco lo comparto aunque si bien defiende, como la autora sostiene, que no cabe hablar de discriminación positiva ni de acción positiva en la tipificación de los delitos relacionados con la violencia de género, el término *discriminación negativa* que la misma emplea para referirse a la discriminación que sufren los hombres en el campo del Derecho Penal, no es del todo apropiado pues la discriminación ya comporta un elemento negativo hacia el que se emplea, resultando así redundante.

Además del principio de igualdad, contamos con el principio de proporcionalidad como herramienta escrutadora de las limitaciones impuestas a los derechos fundamentales por el legislador.

Este principio a pesar de no tener una consagración expresa en nuestra Constitución se puede inferir, según la doctrina analizada y lo resuelto por el TC, del concepto de Estado democrático de derecho y de la esencia misma de los derechos fundamentales, por lo que hay que atribuirle carácter constitucional.

Respecto de los elementos que lo integran, entiendo que en el mismo debe valorarse, como ya lo indicara el TC en su sentencia nº 66/1995, de 8 de mayo⁴¹⁴ tres circunstancias: 1) si la medida adoptada resulta adecuada al fin propuesto; 2) si no cabe admitir otra que resulta más eficaz y que implique una menor intrusión en el derecho afectado; y 3) si de la misma cabe apreciarse más ventajas o beneficios que perjuicios en el derecho afectado. Además es un principio constitucional que no sólo está dirigido a los Tribunales sino también al legislador, que debe respetarlo cuando al legislar introduce limitaciones a los derechos fundamentales, las cuales resultarán aceptables constitucionalmente cuando sean útiles o adecuadas al fin propuesto (principio de idoneidad), no exista otras más eficaces y menos restrictivas (principio de necesidad) y sean proporcionales en una relación de medios a fin (principio de proporcionalidad en sentido estricto); por lo que podría definirse como aquel principio constitucional que garantiza que la limitación de los derechos fundamentales efectuada tanto por el

⁴¹⁴ Ponente Viver Pi-Sunyer, fundamento de derecho 5º, EDJ 1995/2054.

legislador como los Tribunales en el ejercicio de sus funciones resulta adecuada, necesaria y proporcionada a la finalidad de las mismas.

Por consiguiente, y a la vista de las conclusiones anteriores, la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico por ser inconstitucional, al no respetar los principios de igualdad y de proporcionalidad, conllevará que la misma recoja unos quebrantamientos patentes a los mismos en atención a los requisitos rigurosos exigidos, consecuencia que no se merece en absoluto, tras el presente estudio y el realizado por el TC en las diversas sentencias analizadas, la LIVG.

CAPÍTULO 2

TUTELA PENAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Introducción: Delimitación conceptual de la violencia de género. Diferencia con la violencia doméstica

La tramitación de la LIVG generó gran debate jurídico y social¹, como ya vimos al examinar su trámite parlamentario y los trabajos legislativos previos. De la misma se criticó, entre otros aspectos, su denominación pues el término “violencia de género” no era bien visto, como se verá a continuación, ni por la doctrina ni por la Real Academia Española², y también porque parecía contemplar como sujeto pasivo solamente a la mujer y no a otras personas que encontrándose en el hogar familiar, eran también dignos de protección. En definitiva, con la tramitación de la LIVG se creó un muro de separación entre los términos “*violencia de género*” y “*violencia doméstica*” bastante cuestionado.

Para MAGARIÑOS YÁNEZ³, la violencia doméstica resalta el espacio físico en el que se produce la agresión y lo sitúa, desde el punto de vista etimológico, de los términos *domus* (que alude a señor) y *dominio* (que se refiere a señorío u hogar) y para el mismo abarca la que se ejerce no sólo sobre la mujer sino también sobre cualquier otra persona integrante del hogar familiar. En cambio, utiliza el vocablo violencia de género en un sentido más estricto y la concibe como la que se despliega por un varón

¹ Véase a modo de ejemplo lo manifestado por GIMBERNAT ORDEIG, E., *Prólogo a la décima edición del Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 17 y ss.

² Según el informe de la RAE de 19 de mayo de 2004 la expresión “violencia de género” procede de la traducción del inglés *gender-based violence o gender violence* que se difundió a raíz del Congreso sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995 y con ella se pretende identificar a la violencia, tanto física como psicológica, que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, como consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal. Para la RAE el uso del término “género” aplicado a la violencia ejercida sobre la mujer no resulta adecuado porque dicha palabra tiene en español los sentidos generales de “*conjunto de seres establecidos en función de características comunes*” y de “*clase o tipo*” y considera más acertada la denominación de “ley integral contra la violencia doméstica o por razón de sexo”.

³ MAGARIÑOS YÁNEZ, J. A., “El término violencia de género”, en *El derecho contra la violencia de género*, Montecorvo, S.A., Madrid, 2007, págs. 23 y 24.

sobre una mujer en una situación de sometimiento y mediando diferencias sociales y culturales entre ambos.

MORILLAS FERNÁNDEZ⁴ entiende la violencia doméstica contra la mujer como toda acción u omisión física o psicológica, constitutiva de delito, ejercida de forma habitual contra la mujer, dentro del matrimonio o fuera de él, en los casos en los que hubiera existido éste, o dentro de una análoga relación de afectividad.

A pesar de que *a priori* esta definición de violencia pueda parecer correcta deja fuera, por un lado, los hechos constitutivos de falta, que representan la primera escala de la violencia de género y, en muchas ocasiones, las primeras manifestaciones de la misma y que son necesario atajar y, por otro, los hechos aislados de violencia que no puedan integrarse en la situación de habitualidad exigida por el autor.

Más acertada me parece la distinción que efectúa ACALE SÁNCHEZ⁵ entre la violencia sobre la mujer por razón de sexo, que es la que se dirige a la mujer por su condición de tal desde un punto de vista puramente biológico, y la violencia sobre la mujer por razón de género, que se dirige a la misma, con independencia de su condición biológica, en atención al papel que culturalmente se le ha venido asignando, otorgando a esta última vertiente de la violencia contra la mujer un contenido mayor pues abarca también la ejercida por motivos puramente biológicos.

CASTELLÓ NICÁS⁶, a pesar de considerar “perfectible” o admisible gramaticalmente el término “violencia de género”, entiende que al existir consenso social sobre la realidad que identifica dicho término puede seguir haciéndose uso de la misma aunque reconoce que existen otras expresiones más adecuadas. Para la autora, la locución “violencia de género” no entraña la necesidad de una situación de convivencia entre los miembros de la pareja aunque sí que ésta sea estable.

⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “La víctima del delito de violencia doméstica”, en *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003, pág. 107.

⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., “La distinción entre violencia hacia la mujer por razón de género y por razón de sexo”, en *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S.A., Madrid, 2006, pág. 67.

⁶ CASTELLÓ NICÁS, N., “Concepto general de violencia de género: Un análisis crítico del art. 1.3 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.). *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 58 y 59.

Para IÑIGO CORROZA⁷ la ley opta por una concepción de “violencia de género” restringida y adulterada pues aunque la expresión utilizada parece referirse a la ejercida sobre una mujer por el hecho de serlo, no es del todo exacto. Según el mismo, existe una indudable conexión entre los términos “violencia de género” y “violencia doméstica” y mientras el primero se refiere a la violencia empleada contra una persona por razón de su género y la segunda alude a la ejercida en un entorno familiar o doméstico, ambas expresiones están ineludiblemente vinculadas pues los actos de violencia ejercidos por un hombre contra una mujer o contra un menor o incapaz que conviva con el autor son constitutivos de un delito de violencia doméstica que a su vez pueden ser también constitutivos de un delito de violencia de género, por lo que ésta última puede ser considerada como un subtipo o una manifestación de la violencia doméstica especificada por la condición sexual de los sujetos implicados.

NOGUEIRAS GARCÍA⁸ critica la identificación que se está realizando entre la violencia de género y la producida en las relaciones de pareja pues la primera no sólo es la sufrida por las mujeres en el seno de una relación afectiva sino también en todos los niveles como, por ejemplo, en el ámbito laboral, en las instituciones, en los medios de comunicación, a pie de calle e incluso habla de una llamada “violencia simbólica” que de forma continua sitúa a la mujer en un plano inferior. Para la autora la terminología “violencia doméstica” utilizada en los años setenta para referirse a la ejercida por los hombres contra las mujeres, oculta quién la produce y contra quién y una de las consecuencias de ello, según la misma, es que se han incluido a otros sujetos pasivos que no deberían de estarlo como, por ejemplo, a los ancianos o los menores, lo que provoca que se “invisibilice” la violencia sufrida por la mujer.

En mi opinión, la violencia doméstica agrupa un concepto más amplio que el de violencia de género pues abarcaría no sólo la violencia de género propiamente dicha, sino también la violencia sobre los ascendientes, la violencia sobre los menores, la violencia de los menores contra los ascendientes, la violencia entre hermanos y la

⁷ IÑIGO CORROZA, E. “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MURZA ESPARZA, J. (coord.). *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género: aspectos jurídicos-penales, procesales y laborales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 14 y 15.

⁸ NOGUEIRAS GARCÍA, B., “El lenguaje de la violencia contra las mujeres”, en GARCÍA MINA-FREIRE, A. (coord.). *Violencia contra las mujeres en pareja. Claves de análisis y de intervención*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010, págs. 363 y ss.

ejercida por la propia mujer contra el hombre, todas ellas en el ámbito de una relación de parentesco o de afectividad, ya presente o pasada.

En relación a la terminología empleada entiendo que se podría haber optado por un término más apropiado que identificara como sujeto pasivo del delito no solo a la mujer, sino también a los demás personas objeto de protección que la propia ley contempla, por lo que valoro muy positivamente la propuesta realizada por la RAE de una Ley Integral contra la Violencia Doméstica.

A la hora de delimitar su ámbito objetivo, el artículo 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre establece que su objetivo es:

“Actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Desde la introducción del art. 425 por la LO 3/1989, de 21 de junio hasta llegar a la LO 1/04, de 28 de diciembre fueron necesarias varias reformas legislativas. Tras dicho art. 425 se pasó al art. 153 introducido por el CP de 23 de noviembre de 1995, que en su redacción originaria se regulaba la violencia habitual de forma análoga a la del art. 425 del CP. A continuación la LO 11/1999, de 30 de abril afectó a diversos preceptos del CP e introdujo como novedad la prohibición de aproximación y comunicación a la víctima o a su familia aplicándose también la misma cuando la víctima lo fuera por la falta del art. 617 del CP cuando la víctima fuera alguna de las personas contempladas en el art. 153 del CP. La LO 14/1999, de 9 de junio, de indudable importancia, modificó el CP y la LECrim en materia de protección a las víctimas de malos tratos introduciendo el art. 544 bis⁹ de la LECrim, modificó el art.

⁹ Se recoge en dicho precepto que: “En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el CP, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma”. Dicho precepto continúa señalando que: “En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas”. Añade el mismo que: “Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de u salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización”. Para finalizar recoge que: “En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el art. 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del art. 503, de la orden de protección prevista en el art. 544 ter o de otra medida cautelar que implique una

83.1.1 bis del CP que condicionaba la suspensión de la pena del cumplimiento del alejamiento, entre otras modificaciones. A la anterior siguió la LO 27/2003, de 31 de julio, que introdujo el art. 544 ter de la LECrim, del que trataré en un momento posterior, y que fue aprobada por unanimidad parlamentaria. A continuación, la LO 11/2003, de 29 de septiembre que modificó esencialmente el tratamiento de la violencia doméstica al castigar como delito conductas que hasta entonces eran constitutivas de faltas: lesiones leves, maltrato de obra, amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos exclusivamente cuando el sujeto pasivo fuera alguna de las personas previstas en el art. 173.2 del CP. Por último, hacer mención a la LO 15/2003 de 25 de noviembre que afectó en materia de violencia doméstica a las penas y a la ejecución de las mismas.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre ha permitido delimitar la violencia de género de la violencia doméstica a través de una protección específica y especial a la materia a través de todo el articulado recogido en la misma, en la que se establece no sólo una protección penal frente a la violencia de género sino también una protección social, sanitaria, educativa, laboral...etc., que implica una protección multidisciplinar para la represión de esta lacra social.

En lo que respecta a la tutela penal propiamente dicha, la LO 1/2004, de 28 de diciembre pretende aportar una protección integral, como su nombre indica, frente a las distintas formas de violencia y, en su Título IV alcanza en el orden penal a las siguientes materias: suspensión de penas, comisión de delitos durante el período de suspensión de penas, sustitución de penas, protección contra las lesiones, protección contra los malos tratos, protección contra las amenazas, protección contra las coacciones, quebrantamiento de condena, protección contra las vejaciones leves y administración penitenciaria.

Sobre los aspectos anteriores regulados en el Título IV vamos a empezar con el estudio de la suspensión de las penas.

mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.

2.1 Suspensión de las penas

2.1.1 Significado, fundamento y encuadre constitucional

Si comenzamos con una primera aproximación etimológica, según el diccionario de la Real Academia Española¹⁰ “suspender”, en su segunda acepción, significa “detener o diferir por algún tiempo una acción u obra” y en un lenguaje jurídico supone dejar en suspenso la aplicación de la pena privativa de libertad. Para VIDAL CASTAÑÓN¹¹ ambos términos no tienen el mismo significado gramatical y señala que si suspender implica la acción de detener temporalmente una acción, la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad puede tener carácter permanente si se cumplen determinados requisitos hasta conseguir su remisión definitiva.

La generalización de la pena de prisión en el siglo XVIII en los países que habían logrado un mayor desarrollo económico y cultural¹², como alternativa a la pena de muerte y a las corporales, devino en la necesidad de implantar otro sistema en el que el preso no se limitara a quedar aislado y confinado sino que permitiera al mismo retornar a la sociedad de la que se alejó por el crimen cometido. Paso a paso se fue habilitando un contexto en el que se discutió la conveniencia de buscar otras opciones a la ejecución de las penas cortas privativas de libertad pues la eficacia de las mismas, más allá de una concepción puramente retributiva propia de la Escuela Clásica, en aras a evitar la reiteración delictiva y conseguir los fines propios de las penas¹³, era bastante discutida.

Desde que se incorporara a nuestro derecho con el nombre de condena condicional en el art. 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908¹⁴ y hasta hoy en día, el instituto de la suspensión supone una forma de hacer frente a los inconvenientes y

¹⁰ Real Academia de la Lengua Española en www.rae.es, última consulta el 2 de marzo de 2015.

¹¹ VIDAL CASTAÑÓN, A., Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, Bosch Penal, Barcelona, 2006, págs. 13 y 14.

¹² PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la ejecución del fallo” en *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, pág. 67.

¹³ VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión...* ob. cit., págs. 21 a 23.

¹⁴ Que preveía que “*si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional, el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso. Si cumpliera el plazo de la suspensión sin ser condenado, pero después lo fuese por hecho punible cometido dentro de aquel plazo se le obligará a que cumpla la pena que fue suspendida, salvo el caso de prescripción*”. Posteriormente se incorporó al CP en su reforma de 1932.

lamentables efectos que presentan las penas cortas privativas de libertad¹⁵ y constituye una alternativa¹⁶ a la misma aun habiéndose dictado una sentencia condenatoria firme y partiendo precisamente de ello.

GARCÍA SAN MARTÍN¹⁷, al igual que MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ¹⁸, recuerdan la doctrina constitucional establecida por el TC en la STC nº 224/1992, de 14 de diciembre¹⁹ y reproducida en las STC nº 115/1997, de 16 de junio²⁰; STC nº 264/2000 de 13 de noviembre²¹; STC nº 8/2001, de 15 de enero²² y la STC nº 251/2005, de 10 de octubre²³, entre otras, en la que se recoge que el fundamento de la misma no puede ser otra que *“la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales supuestos, no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni tan siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo”*.

MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ²⁴ entienden al respecto que cuando un delincuente comete un delito de escasa gravedad no se resiente la confianza de la

¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Suspensión, sustitución y ejecución de la pena de prisión”, en *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008, pág. 5.

¹⁶ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad” en MOLINA BLÁZQUEZ, M.C., (coord.). *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 114 y JAÉN VALLEJO, M., “El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género” en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pág. 65.

¹⁷ GARCÍA SAN MARTÍN, J., “La suspensión ordinaria de la ejecución de las penas” en *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*, Dykinson, Madrid, 2012, págs. 23 y 24.

¹⁸ MAGRO SERVET, V., y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la ejecución de la pena” en *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pág. 36.

¹⁹ Ponente García-Mon y González-Reguerual, fundamento de derecho 3º, EDJ 1992/12333.

²⁰ Ponente Gimeno Sendra, fundamento de derecho 2º, EDJ 1997/4022.

²¹ Ponente Mendizábal Allende, fundamento de derecho 2º, EDJ 2000/37183.

²² Ponente Jiménez de Parga y Cabrera, fundamento de derecho 3º, EDJ 2001/38.

²³ Ponente Gay Montalvo, fundamento de derecho 6º, EDJ 2005/171590

²⁴ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág.37

comunidad en el orden jurídico por el hecho de que no se haga cumplir la pena correspondiente, por lo que en este caso no se darían las circunstancias preventivo especiales ni generales que legitimarían la ejecución de la misma.

ARMENDÁRIZ LEÓN²⁵ defiende la necesidad de buscar un sistema alternativo a las penas cortas privativas de libertad pues las mismas no cumplen con la finalidad resocializadora propia de las sanciones penales sino que poseen, más bien, un efecto criminógeno y un carácter estigmatizador para el condenado que se ve alejado de su familia, de su trabajo y cuya corta duración le va a imponer un tratamiento con escasos resultados resocializadores. Otra de las críticas que efectúa la autora a este tipo de penas es su elevado coste económico que junto a una escasa eficacia a nivel de prevención general, aconsejan no ejecutarla.

Para MANZANARES SAMANIEGO²⁶ de los medios alternativos a las penas cortas de prisión sólo la multa y la condena condicional resultan ser eficaces y de ellas, aunque la condena condicional posee un efecto resocializador no contiene aspectos propios del principio de retribución, y la multa carece tanto de elementos resocializadores como de aseguramiento.

Para este autor, las penas cortas de prisión y las multas carecen de efectos resocializadores y de aseguramiento y producen resultados contraproducentes no sólo para los condenados que las sufren sino también para el resto de reclusos pues provocan hacinamiento en las prisiones, gran fluctuación de la población reclusa y un uso inadecuado de recursos económicos pues la Administración ve mermada gran parte de su presupuesto que podría destinarse a reclusos que de verdad lo necesitan²⁷.

Para ACALE SÁNCHEZ²⁸ tanto la suspensión de la ejecución de la pena de prisión como la sustitución de la misma por otra que no restrinja la libertad ambulatoria son formas de impedir que ciertos condenados entren en prisión, una vez acreditada la falta de idoneidad de la misma, para alcanzar los fines de reeducación y reinserción

²⁵ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución...”, ob. cit., págs. 114 y 115.

²⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Suspensión, sustitución y ejecución...”, ob. cit., págs. 7 y 8.

²⁷ “Suspensión, sustitución y ejecución...”, ob. cit., págs. 6 y 8.

²⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador” en DE HOYOS SANCHO (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 83.

previstos en la CE. Sin embargo, el régimen especial de esta institución introducido por la LO 15/2003 y que supuso ciertas modificaciones en los arts. 83, 84 y 88 del CP en materia de violencia doméstica, no le resulta acertado pues los preceptos del CP que regulan la suspensión y sustitución de la pena con carácter general se adoptaron con arreglo a criterios básicos que en muchos casos de violencia de género no darían lugar a la suspensión de la ejecución de la pena, por lo que dicha reforma evidencia una gran desconfianza en la labor de los jueces por parte del legislador y restringen su discrecionalidad²⁹.

En idéntico sentido se pronuncia FARALDO CABANA³⁰ a la hora de estudiar, dentro del régimen especial de la suspensión de la pena para condenados por violencia de género, las reglas o deberes de conducta que deben cumplir los mismos para ver suspendida la pena de prisión que les fue impuesta. Para la misma, el hecho de que se impongan obligaciones o reglas de conducta a los agresores por sentencia, supone una reducción del arbitrio judicial y pone de manifiesto una gran desconfianza hacia los Jueces y Tribunales por parte del legislador, aunque no faltan autores que califican como excesiva la discrecionalidad acerca de las personas a las que se les va a conceder³¹.

PALLARÉS RODRÍGUEZ³² señala que la primariedad delictiva y la excesiva expansión del derecho penal hacen inevitable que el cumplimiento de la pena de prisión, cuando se dan ciertos requisitos, entrañe más inconvenientes que ventajas, sobre todo para el delincuente que poco puede esperar de su cumplimiento efectivo aunque sin

²⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., “Ejecución de penas y tratamiento...”, ob. cit., pág. 84.

³⁰ FARALDO CABANA, P., “Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 85 a 99; FARALDO CABANA, P., “Tendencias de política criminal en el control penal de la violencia de género: alternativas a la privación de libertad y vicisitudes de la ejecución de la pena de prisión para condenados por violencia de género”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 139 a 204 y FARALDO CABANA, P., “Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género. La situación tras la reforma de 2010”, en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, págs. 413 a 453.

³¹ LARRAURI PIJOÁN, E., “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la Democracia*, nº 19, 1996, pág. 212 y ACALE SÁNCHEZ, M., “Ejecución de penas y tratamiento...”, ob. cit., págs. 84 y 85.

³² PALLARÉS RODRÍGUEZ, M., *Prólogo a la suspensión de la ejecución y sustitución de las penas de* GARCÍA SAN MARTÍN, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 14.

olvidar que para conseguir frenar la delincuencia debemos apostar como pilar básico de nuestro ordenamiento jurídico en la infalibilidad de las penas.

En mi opinión, tras haber examinado con minuciosidad las opiniones de todos estos autores y mostrándome a favor de esta institución, no deja de resultar paradójico que se decida suspender la ejecución de una pena de prisión impuesta y, por consiguiente, se deje de optar por acudir a los fines de reinserción y reeducación que prevé la CE para las penas privativas de libertad, por entender que la ejecución de dicha pena de prisión puede provocar el efecto contrario. Si la ejecución de una pena de prisión de corta duración no resulta resocializadora, ¿en qué medida lo puede ser una de larga duración? La conclusión a la que llego no puede ser otra que la de admitir que nuestras penas de prisión están lejos de conseguir las finalidades que prevén para las mismas el art. 25 de la CE. PUENTE SEGURA³³ resulta bastante crítico y señala que *“...No conozco en la actualidad a ninguna persona, dotada de una inteligencia normal y que disponga de alguna información al respecto, que sostenga todavía que en la actualidad, aquí y ahora, la ejecución de una pena de prisión tenga respecto de nuestros penados efecto “resocializador” ninguno, por más que tal vez alguna excepción, despreciable en términos numéricos, pueda haber venido a confirmar esta regla”*. Este autor va más allá e incluso se cuestiona el mantenimiento de este tipo de penas en nuestro ordenamiento jurídico señalando que *“...Evidentemente, si el ingreso en un centro penitenciario comporta un riesgo serio de “contagio carcelario” y el tratamiento penitenciario, debido a la escasa duración de la pena, no tiene posibilidad de alcanzar sus frutos, parece lo más razonable que esa clase de penas de prisión desaparezcan de nuestro Código o, cuando menos, que la norma general sea su no cumplimiento efectivo en un centro penitenciario...”*³⁴.

También DIÉZ RIPOLLÉS³⁵ cuestiona nuestro sistema de penas cuando sostiene que: *“...No es exagerado afirmar que tenemos el sistema más anticuado de penas de toda Europa, anclado en un uso desmesurado de la pena de prisión. Ello nos ha colocado en el país de Europa occidental con más presos por habitante, pese a ser,*

³³ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs. 68 y 69.

³⁴ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs. 97 y 98.

³⁵ DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., “Una reforma penal para olvidar”, *Boletín informativo Jueces para la Democracia*, nº 51, Madrid, 2009, pág. 5.

igualmente, uno de los que tiene menor tasa de criminalidad...”. VIDAL CASTAÑÓN por su parte, califica la pena de prisión como “un tormento”³⁶ y entiende también “paradójico” que si la propia Constitución reconoce que las penas de libertad pueden servir para la resocialización y reeducación del reo, se tengan que arbitrar mecanismos que la eviten³⁷.

Ahora bien, el que nuestras penas de prisión estén lejos de conseguir las finalidades previstas en el art. 25 de la CE no conlleva automáticamente que renunciemos a las mismas pues es en el ámbito de la violencia de género donde, a través de una adecuada política de intervención y tratamiento, más se puede hacer. Un primer antecedente por delito relacionado con la violencia de género debe suponer una llamada de atención que no debe minusvalorarse, con independencia de la gravedad de los hechos cometidos, para evitar la escalada de violencia.

Respecto a su enclave constitucional no existen dudas de que lo podemos encontrar dentro de la función jurisdiccional. Así el art. 117 de la CE, en su número tercero, determina que:

“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

PUENTE SEGURA concibe la ejecución de lo juzgado no solamente dentro de la parte orgánica de la CE sino que la sitúa también dentro de la parte dogmática y, precisamente, entre los derechos fundamentales, como una manifestación del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales (art. 24.1 CE) y que se rige por los principios de legalidad, inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, oficialidad o iniciación de oficio, celeridad, contradicción e igualdad de partes³⁸.

Del texto del anterior precepto se deduce un contenido de la potestad jurisdiccional que recoge no sólo la función de juzgar sino también de ejecutar lo

³⁶ VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 23 señalando que “...Lo anteriormente expuesto no es sino para remarcar que aquella que nació como sustitución de las penas de castigos corporales y de la pena de muerte por motivos de utilidad social y personal, ha dejado de serlo en la sociedad moderna para convertirse justo en aquello que suprimió, esto es, un tormento...”.

³⁷ VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión...*, ob. cit., págs. 19 y 20.

³⁸ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs. 24 y 34 a 52.

juzgado, atribuidas ambas a los Juzgados y Tribunales y que forman parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva pues de otro modo las resoluciones judiciales carecían de eficacia práctica y quedaría al arbitrio de las partes el cumplirlas o no³⁹. Se entiende satisfecho el derecho a la tutela judicial efectiva cuando los Jueces y Tribunales a quienes corresponde hacer ejecutar lo juzgado, según las normas de competencia y procedimiento aplicables, y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público, adoptan las medidas oportunas, de oficio o a instancia de parte, para el estricto cumplimiento del fallo, sin alterar el contenido y el sentido del mismo...”⁴⁰ con independencia del momento en que se

³⁹ Así lo declara el TC, entre otras, en las siguientes sentencias: STC nº 247/1993, de 19 de julio, ponente López Guerra, EDJ 1993/7321, en la que se recoge en su fundamento de derecho 3º que: “...La ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte, en efecto, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. Más concretamente, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte sin causa justificada de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma, cuando ello sea legalmente exigible. El contenido principal del derecho consiste, pues, en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros...”; STC nº 32/1982, de 7 de junio, ponente Begué Cantón, EDJ 1982/32, en cuyo fundamento de derecho 2º se proclama que: “Es preciso reconocer que esta situación supone, como afirman los recurrentes, una violación del art. 24.1 CE. El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones”; STC nº 61/1984, de 16 de mayo, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, fundamento de derecho 1º, EDJ 1984/61; STC nº 67/1984, de 7 de junio, ponente Gómez-Ferrer Morant, fundamento de derecho 2º, EDJ 1984/67; STC nº 109/1984, de 26 de noviembre, ponente Gómez-Ferrer Morant, fundamento de derecho 2º, EDJ 1984/109; STC nº 65/1985, de 23 de mayo, ponente Begué Cantón, fundamento de derecho 7º, EDJ 1985/65; STC nº 106/1985, de 7 de octubre, ponente Begué Cantón, fundamento de derecho 3º, EDJ 1985/106; STC nº 155/1985, de 12 de noviembre, ponente Latorre Segura, fundamento de derecho 2º, EDJ 1985/129; STC nº 176/1985, de 17 de diciembre, ponente Latorre Segura, fundamento de derecho 2º, EDJ 1985/150; STC nº 15/1986, de 31 de enero, ponente Díez de Velasco Vallejo, fundamento de derecho 3º, EDJ 1986/15; STC nº 33/1986, de 21 de febrero, ponente Begué Cantón, fundamento de derecho 2º, EDJ 1986/33; STC nº 34/1986, de 21 de febrero, ponente Gómez-Ferrer Morant, fundamento de derecho 2º, EDJ 1986/34; STC nº 118/1986, de 20 de octubre, ponente Latorre Segura, fundamento de derecho 4º, EDJ 1986/118; STC nº 33/1987, de 12 de marzo, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, fundamento de derecho 3º, EDJ 1987/33; STC nº 106/1999, de 14 de junio, ponente García Manzano, fundamento de derecho 3º, EDJ 1999/11271; y más recientemente la STC nº 4/2003, de 20 de enero, ponente Gay Montalvo, fundamento de derecho 3º, EDJ 2003/1409; STC nº 140/2003, de 14 de julio, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, fundamento de derecho 6º, EDJ 2003/51138; STC nº 223/2004, de 29 de noviembre, ponente Sala Sánchez, fundamento de derecho 6º, EDJ 2004/184433; STC nº 286/2006, de 9 de octubre, ponente Casas Baamonte, fundamento de derecho 2º, EDJ 2006/278315 y STC nº 37/2007, de 12 de febrero, ponente Jiménez Sánchez, fundamento de derecho 4º, EDJ 2007/8238.

⁴⁰ STC nº 125/1987, de 15 de julio, ponente Truyol Serra, fundamento de derecho 2º, EDJ 1987/125.

dicten, aunque si se efectúan con una tardanza excesiva e irracional puede considerarse lesionado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁴¹.

2.1.2 Modelos de suspensión de las penas privativas de libertad

Respecto a los modelos imperantes de suspensión de las penas cortas privativas de libertad, MAQUEDA ABREU⁴² a la hora de hablar de las características fundamentales de la suspensión condicional de la pena, de las que trataré más adelante, contrapone el modelo continental de suspensión condicional de la pena denominado *sursis*, en el que se exige una previa declaración de culpabilidad y un posterior pronunciamiento sobre la suspensión de la ejecución de la pena, frente a la denominada *probation* anglo-americana en la que se suspende la sentencia condenatoria y no sólo la pena e incluso, las persecuciones y el procedimiento por parte del Ministerio Público, que evita a su vez la declaración de culpabilidad y el pronunciamiento de condena⁴³.

ARMENDÁRIZ LEÓN⁴⁴ distingue tres modelos de suspensión de las penas cortas privativas de libertad: el modelo anglosajón, denominado *probation*, el modelo continental, denominado *sursis* y un modelo mixto que supone la suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba. Con la *probation* anglosajona no existe pronunciamiento de condena, por lo que no da lugar a antecedentes penales, sino que se concede al acusado la oportunidad de no ser condenado o de no entrar en prisión, siempre y cuando se someta al cumplimiento de determinadas medidas de carácter educadoras y rehabilitadoras bajo las indicaciones del *probation-officer*.

Respecto al modelo *sursis* la misma defiende que comienza por imponer una pena al reo generando, por consiguiente, antecedentes penales, y después se le concede la suspensión de la condena bajo la condición de que no delinca durante un período de tiempo transcurrido el cual, la pena se entenderá definitivamente remitida mientras que

⁴¹ STC nº 26/1983, de 13 de abril, ponente Rubio Llorente, fundamento de derecho 3º, EDJ 1983/26.

⁴² MAQUEDA ABREU, M.L., *Suspensión condicional de la pena y Probation*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 38.

⁴³ Véase también, JAÉN VALLEJO, M., “El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género” en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, págs. 64 y ss.

⁴⁴ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad”, en MOLINA BLÁZQUEZ (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*. Estudio práctico, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 115 a 117.

si vuelve a delinquir, se producirá la revocación de la suspensión de la pena y quedará obligado a cumplir ambas penas (la pena que inicialmente fue suspendida y la correspondiente al nuevo delito cometido)⁴⁵.

Por último, la citada autora⁴⁶ distingue un sistema mixto que se denomina *suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba*, y que según la misma es el que se sigue en nuestro ordenamiento jurídico, en el que a pesar de coincidir sustancialmente con el modelo *sursis* se diferencia de éste en que además de imponer al condenado la obligación de no delinquir durante un período de tiempo, queda sometido además a una serie de condiciones de carácter educativo y reeducador con ayuda de personal especializado.

PUENTE SEGURA⁴⁷, coincidiendo con POZA CISNEROS⁴⁸, distingue también un triple modelo. Según él mismo, la figura de la *probation* inglesa se caracteriza, en primer lugar, por dejar en suspenso el dictado de la sentencia y, por consiguiente, el pronunciamiento de la pena, por lo que no genera antecedentes penales y, en segundo lugar, porque se somete a la persona afectada al cumplimiento de una serie de condiciones durante un lapso de tiempo en el que se seguirá su conducta y se le prestará asistencia. El sistema *sursis* difiere del anterior en que lo que queda en suspenso es la ejecución de la pena impuesta al reo, por lo que surgen antecedentes penales, durante un tiempo determinado transcurrido el cual, si el condenado no ha vuelto a delinquir, quedará remitida la pena sin que quede sometido durante ese intervalo, a ningún tipo de condición. Junto a estos dos sistemas reconoce un modelo mixto que une del sistema *sursis* la existencia de un pronunciamiento de condena y de la *probation* inglesa, el sometimiento al condenado a un período de prueba y que es el que se seguiría en nuestro país.

⁴⁵ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución...”, ob. cit., pág. 116.

⁴⁶ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución...”, ob. cit., pág. 116.

⁴⁷ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs. 73 y 74.

⁴⁸ POZA CISNEROS, M., “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad”, en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, 1996, págs. 185 a 300.

Para CUELLO CALÓN⁴⁹ la *probation* anglosajona puede implicar o bien la suspensión condicional de la persecución penal, la suspensión del pronunciamiento de la condena, que puede ser antes o después de la declaración de culpabilidad, o la suspensión de la ejecución de la pena impuesta y es una medida judicial, no penal, que impone un tratamiento resocializador. Según él mismo requiere tres elementos: 1) La suspensión de la pena. Este elemento puede presentar cualquiera de las formas señaladas aunque si bien en Inglaterra requiere de una previa declaración de culpabilidad, en Estados Unidos coexiste, en algunos estados, sin previa declaración de culpabilidad; 2) Un período de prueba tras el cual se podrá decidir si el delincuente es apto para reintegrarse a su vida social y en el que queda sometido al cumplimiento de determinadas condiciones; 3) llevar a cabo un estudio de la personalidad del delincuente para ver si es o no adecuado su aplicación al mismo y, por último, 4) someterle a una vigilancia tutelar que le brinda asistencia, ayuda y le guía en su rehabilitación. En el caso que el delincuente no cumpla las condiciones que le impusieron, el Tribunal podrá revocar el período de prueba.

Desde mi punto de vista, si acudimos al tenor de los artículos 80 y 83 del CP se deduce que nuestro ordenamiento jurídico ha optado por un sistema mixto puesto que si bien la imposición de las reglas de conducta que recoge es de carácter facultativo con carácter general, no lo es así cuando el condenado lo sea por delitos relacionados con la violencia de género, donde la aplicación de las reglas 1ª, 2ª y 5ª lo es con carácter obligatorio.

2.1.3. Ámbito de aplicación

El Capítulo III del Título III del Libro I del CP (arts. 80 y siguientes) se denomina “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad” y su Sección Primera: “De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”. En el art. 80.1 del CP se recoge que “*Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años...*” y el art. 35 del mismo texto legal especifica que: “*Son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*”. De toda la regulación anterior parece desprenderse que sólo podrá

⁴⁹ CUELLO CALÓN, E., “Tratamiento en libertad de los delincuentes. El sistema de prueba probation”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 10, fasc/mes 3, 1957, págs. 457 a 484.

acordarse la suspensión de la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa representando esta conclusión la opinión mayoritaria de la doctrina⁵⁰, opinión que comparto, del TC como ya manifestó a través de su sentencia nº 209/1993, de 28 de junio⁵¹ y del TS en sentencia nº 950/1999, de 19 de julio de 1999⁵², no pudiendo decretarse la suspensión ni de las consecuencias accesorias, ni de las medidas cautelares, ni de la responsabilidad civil ni de las penas que no sean privativas de libertad, como la pena de multa o la de trabajos en beneficio

⁵⁰ Véase por ejemplo, PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs.83 a 85; MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., págs. 39 a 42; GARCÍA SAN MARTÍN, J., “La suspensión ordinaria de la ejecución de las penas” en *La suspensión de la ejecución...*, ob. cit., págs. 24 a 26; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Suspensión, sustitución y ejecución...”, ob. cit., págs. 14 y siguientes, AYO FERNÁNDEZ, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 182 y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal Español de 1995” en ECHANO BASALDÚA, J.L., (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 127 y ss., entre otros.

⁵¹ STC nº 209/1993, de 28 de junio, ponente Mendizábal Allende, EDJ 1993/6336. En su fundamento de derecho 6º se recoge que: “... el Código penal autoriza o hace obligatoria, según los casos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de ciertas penas privativas de libertad, impuestas directa o subsidiariamente, no de las medidas de seguridad ni de las cautelares materialmente idénticas, pero funcionalmente distintas (prisión preventiva), sin extenderlas a las restrictivas de derechos, si figurasen como accesorias (arts. 93 y 97), aun cuando fueren impuestas como principales...La distinta naturaleza así como las características tan dispares de la prisión y de la suspensión de derechos cívicos o inhabilitación para su ejercicio, cualquiera que sea su carácter, "pronunciamiento cuya carga infamante, como máximo reproche social, es la razón determinante de que el así señalado sea excluido de cargos y funciones públicas" (STC 165/1993), son la más palmaria justificación de que el legislador ha optado en este caso por una solución razonable, tanto y tan legítima, al menos, como sería la de extender el beneficio a toda clase de penas, si así creyera servir mejor al fin último del sistema penitenciario no solamente represivo, sino también constitucionalmente orientado a la reeducación y reinserción social (art. 25 CE)...”. En virtud de lo anterior, la diferente naturaleza jurídica de las penas privativas de libertad y de las accesorias a las mismas junto con el fundamento en que se basa la necesidad de acordar la suspensión de las penas cortas privativas de libertad legítima que no sea posible la suspensión de la ejecución de las penas accesorias que sean impuestas junto a la principal privativa de libertad.

⁵² STS nº 950/1999, de 19 de junio de 1999, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1999/17050, que precisa en su fundamento de derecho 3º que “...la resolución de la Audiencia Provincial, denegando la extensión de la suspensión de condena a las penas privativas de derechos (suspensión de cargo público), aparece razonadamente motivada, y tiene su apoyatura en la ley, que establece la suspensión de condena expresamente para las "penas privativas de libertad" (art. 80.1º del Código Penal de 1995, y también en la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 209/1993, de 28 de junio). En esta sentencia 209/1993, el Tribunal Constitucional considera razonable y constitucionalmente legítimo limitar legalmente la suspensión de condena a las penas privativas de libertad y no extenderla a las privativas de derecho, "dada la distinta naturaleza así como las características tan dispares de la prisión y de la suspensión de derechos cívicos o inhabilitación para su ejercicio, cualquiera que sea su carácter", por lo que "el distinto tratamiento al respecto de las penas privativas de libertad y de las restrictivas de derechos tienen un fundamento objetivo y racional de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados" (STC 209/93), pudiendo citarse entre estos criterios el fundamento señalado por la S.T.C. 165/1993, de que "la condena condicional está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios, y respecto de las penas privativas de libertad, finalidad explícita en el momento de su implantación"...”.

de la comunidad. No hay que olvidar que nos encontramos con una institución que permite dejar en suspenso la ejecución de la pena pero no la condena en su totalidad⁵³.

A favor de esta interpretación nos encontramos también con la Circular 1/2005 de la Fiscalía General del Estado⁵⁴ que señala que: “...*Es importante recordar que, como ya afirmó la STC 209/93, de 28 de junio, el art. 80.1 sólo contempla la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y no la de las penas accesorias, por lo que el hecho de que el art. 80.3 no las mencione cuando declara que la responsabilidad civil derivada del delito o falta no es susceptible de suspensión, carece de cualquier trascendencia...*”.

De admitirse la suspensión de la pena de prohibición de aproximación y no comunicación de los apartados 2 y 3 del art. 48, en los delitos relacionados con la violencia de género, supondría dejar a la víctima desprotegida por estas penas y entraría plenamente en contradicción con lo dispuesto en el art. 83.1 *in fine* pues, por un lado, se permitiría la suspensión de dichas penas pero, por otro lado, se impondrían las mismas en todo caso como obligaciones o deberes de conducta de cuyo cumplimiento se haría depender la suspensión de la ejecución de la pena.

No obstante, no faltan autores que defienden la posibilidad de que puedan suspenderse las penas accesorias, como VIDAL CASTAÑÓN⁵⁵, quien considera que las mismas carecen de sentido sin la pena principal, o ARMENDÁRIZ LEÓN⁵⁶, quien defiende además que cuando el legislador ha querido mantener el cumplimiento de la pena accesoria a pesar de la suspensión de la principal así lo ha recogido expresamente, como en el art. 97 del CP de 1973⁵⁷, y que la no suspensión de las penas accesorias supone impedir al condenado la realización de sus actividades normales y le niega la posibilidad de demostrar que la amenaza de la pena le ha hecho tomar la decisión de no delinquir en el futuro.

⁵³ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, parte general*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 594 y en ediciones posteriores hasta la última, 8ª, de septiembre de 2010.

⁵⁴ De 31 de marzo de 2005, pág. 2.

⁵⁵ VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión y...* ob. cit., págs. 27 y 28.

⁵⁶ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución...”, ob. cit., págs. 117 y 118.

⁵⁷ Que señalaba que: “*La condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión del derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, si éstas figurasen como accesorias, ni alcanzará a las responsabilidades civiles*”.

Respalda la posición anterior el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 3 de noviembre de 1999⁵⁸ que señala en su fundamento de derecho único que: “...*el recurrente pretende aplicar el art. 97 del C. Penal de 1973, cuando tal precepto no se ha mantenido en el C. Penal de 1995, lo que evidencia, a juicio de esta Sala, la intención del legislador de que la suspensión de la condena puede hacerse extensiva a las penas accesorias, pues si el legislador hubiese querido mantener el contenido de dicho artículo 97, fácil le hubiese resultado reproducir su contenido en el C. Penal de 1.995, dentro de la Sección 1ª del Capítulo 3º del Libro I relativo a la Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad...*”.

2.1.4 La suspensión general u ordinaria⁵⁹

Como punto de partida debemos indicar que la suspensión de la ejecución de la pena no constituye un derecho del delincuente sino que es una facultad potestativa y discrecional de los Jueces y Tribunales y debe estar suficientemente motivada⁶⁰ aunque para su otorgamiento es necesario que se den una serie de requisitos tasados por la ley.

El art. 80 del CP contempla que:

“1. Los Jueces y Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada. En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste.

⁵⁸ EDJ 1999/43132.

⁵⁹ Según la clasificación efectuada por MAGRO SERVET, V., y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual Práctico sobre la Ejecución Penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pág. 37, en la que distingue además de la suspensión ordinaria de la ejecución de las penas privativas de libertad la suspensión especial para drogodependientes del art. 87 del CP, la suspensión extraordinaria por enfermedad grave e incurable del art. 80.4 del CP, la suspensión extraordinaria por trastorno mental sobrevenido del art. 60 del CP y la suspensión por la tramitación del indulto del art. 4.4 del CP.

⁶⁰ Entre otras, STC nº 224/1992, de 14 de diciembre, ponente García-Mon y González-Regueral, EDJ 1992/12333; STC nº 115/1997, de 16 de junio, ponente Gimeno Sendra, EDJ 1997/4022; STC nº 31/1999, de 8 de marzo, ponente Casas Baamonte, EDJ 1999/1843; STC nº 25/2000, de 31 de enero, ponente García Manzano, EDJ 2000/404; STC nº 264/2000, de 13 de noviembre, ponente Mendizábal Allende, EDJ 2000/37183; STC nº 8/2001, de 15 de enero, ponente Jiménez de Parga y Cabrera, EDJ 2001/38 y STS nº 349/2004, de 18 de marzo, ponente Aparicio Calvo-Rubio, EDJ 2004/31396. Esta última en su fundamento de derecho 2º señala refiriéndose a la suspensión de la pena que “...*no es beneficio de concesión automática y obligatoria, como parece entenderse en el recurso, sino facultad potestativa y discrecional, que puede acordarse o no según las circunstancias del hecho y del autor, desde luego de forma motivada...*”.

2. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.

4. Los Jueces o Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquiera pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo”.

Llama la atención de este precepto que, a diferencia con lo que ocurre con la sustitución de la pena, en la que se habla de que sólo cabe la sustitución de la pena de prisión y ello a pesar de que la rúbrica de la Sección 2ª del Capítulo 3º es *De la sustitución de las penas privativas de libertad*; para la suspensión recogida en la Sección 1ª del Capítulo 3º, cuya rúbrica se refiere a la *suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, se admita al respecto la suspensión no sólo de la pena de prisión sino también de cualesquiera otra pena privativa de libertad no superiores a dos años, es decir, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35 CP).

2.1.4.1 Criterios de concesión y requisitos para su otorgamiento

Los requisitos para su otorgamiento los podemos encontrar en el art. 81 del CP que establece que:

“Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 de este Código.

Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”.

Según MAQUEDA ABREU⁶¹ la suspensión alcanza sólo a la ejecución de la pena, por lo que se exige una previa declaración de culpabilidad. Requiere, además, que la pena impuesta no supere determinados límites temporales generalmente de pequeña cuantía, que el destinatario de la medida no haya sido condenado previamente y que medie un período de prueba para el condenado, cuya duración difiere de unos países a otros, transcurrido el cual podrá o no acordarse el cumplimiento de la misma dependiendo del comportamiento del reo.

TENA ARAGÓN⁶² habla de **requisitos objetivos**, entendiendo como tales el que condenado sea delincuente primario y que la pena impuesta o la suma de las impuestas no exceda de dos años de prisión, y de **requisitos subjetivos** referidos a la peligrosidad del condenado y al hecho de que haya hecho frente al pago de la responsabilidad civil a la que resultó condenado.

VIDAL CASTAÑÓN distingue entre requisitos objetivos para alcanzar el beneficio de la suspensión, incluyendo dentro de los mismos que el condenado sea delincuente primario, que la pena impuesta o la suma de las mismas no sea superior a dos años y que el reo haya satisfecho, en lo posible, la responsabilidad civil, y los requisitos de ausencia de peligrosidad criminal y existencia de otros procedimientos penales contra el reo para valorar su concesión o no⁶³.

Otros autores como ARMENDÁRIZ LEÓN⁶⁴ o MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ⁶⁵ distinguen entre criterios de concesión y requisitos para la misma. En los criterios de concesión incluyen la peligrosidad criminal del condenado, la existencia de otros procedimientos seguidos contra el mismo y otros elementos de juicio mientras que cuando hablan de requisitos se refieren a que el sujeto haya delinquido por primera vez, que la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto no sea superior a dos años y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado.

⁶¹ MAQUEDA ABREU, M.L., *Suspensión condicional...*, ob. cit., págs. 38 a 40.

⁶² TENA ARAGÓN, M. F., "Suspensión y sustitución de penas en delitos de violencia de género", *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010, pág. 4.

⁶³ VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión y...* ob. cit., págs. 28 a 51

⁶⁴ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., "Alternativas a la ejecución...", ob. cit., págs. 118 a 121.

⁶⁵ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., "La suspensión de la..." ob. cit., págs. 42 a 56.

Ya se siga una posición u otra vamos a analizar todos ellos, comenzando con la peligrosidad criminal.

2.1.4.1.1 Peligrosidad criminal del sujeto

Para PUENTE SEGURA ⁶⁶ el concepto de peligrosidad criminal está íntimamente vinculado con aspectos relacionados con la prevención especial y así entiende este autor, que en los casos en los que se constate un estado de peligrosidad criminal en el condenado supondrá un pronóstico altamente probable de reincidencia que aconsejan, en todo caso, proceder al cumplimiento de la pena impuesta.

Según ESBEC RODRÍGUEZ ⁶⁷ representa “*la tendencia de una persona a cometer un delito evidenciada generalmente por una conducta antisocial*”. La misma supone una valoración del riesgo que representa el delincuente y entraña un juicio de probabilidad sumamente arbitrario pues no se basa en datos objetivos de orden científico ni se deriva de un análisis probabilístico riguroso sino que con frecuencia queda a merced de elementos subjetivos de carácter intuitivo-ideológico.

La misma línea sigue MONTERO GÓMEZ ⁶⁸ quien entiende la peligrosidad criminal como la probabilidad que tiene una persona de cometer un acto delictivo en el futuro y cuya evaluación supone una prospectiva sobre el comportamiento.

Para MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ ⁶⁹ aunque la ley no define qué debe entenderse por peligrosidad criminal defienden que es un término que ha venido siendo valorado por las características del delito cometido, por la existencia de un pronóstico relacionado con las posibilidades de comisión de nuevos delitos y por la trayectoria criminal del sujeto. Para estimar la existencia de peligrosidad criminal en el delincuente valoran determinados aspectos como la hoja histórico-penal, la existencia de antecedentes penales previos, cancelados o no, o posteriores a la comisión del hecho delictivo y los antecedentes policiales.

⁶⁶ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., pág. 129.

⁶⁷ ESBEC RODRÍGUEZ, E., “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, *Revista Psicopatología clínica, legal y forense*, volumen 3, nº 2, 2003, pág. 46.

⁶⁸ MONTERO GÓMEZ, A., “Peligrosidad y daño en la violencia de género a la que se refiere la Ley Integral: Prevención penal”, *Colección Estudios de Derecho Judicial*, 2007, pág. 241.

⁶⁹ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., págs. 42 a 44.

Sobre esta postura debo decir que si bien todos los elementos anteriores sirven para revelar la peligrosidad criminal del sujeto en cuestión, en cuanto al mismo le consten antecedentes penales en la hoja histórico-penal, no podrá ser considerado delincuente primario, salvo que estén cancelados o deban serlo, y, por consiguiente no cumplirá el primero de los requisitos del art. 81 del CP para su concesión.

Respecto a los antecedentes penales cancelados no considero que los mismos deban ser tenidos en cuenta como reveladores de la peligrosidad criminal de un sujeto pues una vez transcurridos los plazos legales sin que él mismo haya delinquido debería entenderse cumplida su deuda con la sociedad y, sobre todo, porque el período de tiempo que la ley prevé es lo suficientemente amplio como para pensar que una vez transcurrido el mismo sin que el reo haya vuelto a delinquir la peligrosidad de este ha disminuido considerablemente.

En todo caso, siempre se puede solicitar un informe que valore la peligrosidad del penado a la unidad de valoración forense integral o a equipos de similar naturaleza, o atender a los informes de valoración de riesgo efectuados por la policía y que resultan muy orientadores en el caso de delitos relacionados con la violencia de género.

GARCÍA SAN MARTÍN⁷⁰ concibe la peligrosidad criminal relacionada con la existencia de un pronóstico relativo a las posibilidades o riesgos de reiteración delictiva por parte del condenado a la vista de las circunstancias personales y generales que concurren tales como el comportamiento anterior o posterior a la ejecución del hecho delictivo mostrado por el mismo, su integración social, instrucción, personalidad, relación familiar, la existencia de antecedentes penales por hechos similares cometidos con posterioridad a la ejecución del delito cuya pena se pretende suspender⁷¹ aunque

⁷⁰ GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La suspensión de la...*, ob. cit., págs. 40 y 41.

⁷¹ Así lo aprecia también el AAP de Barcelona, Secc. 6ª, nº 131/2007, de 15 de marzo de 2007, EDJ 2007/29501 o el AAP de Castellón, Secc. 1ª, nº 506/2008, de 19 de septiembre, EDJ 2008/235589. En este último se recoge en su fundamento de derecho 2º que *“La ratio decidendi empleada por el Juez de la ejecutoria para denegar el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena al condenado no fue, como sostiene el recurrente, su habitualidad (comisión de más de tres delitos en el plazo de cinco años ex art. 88.1 CP), sino su “peligrosidad criminal” (art. 80.1 CP) derivada de la comisión de varios robos con posterioridad a los hechos por los que fue condenado en la sentencia que ahora se ejecuta. Y aunque la Ley no dice qué ha de entenderse por peligrosidad criminal, y alguna sentencia lo ha relacionado con la peligrosidad de la acción delictiva concretamente ejecutada, (STS, Sala 2ª, núm. 208/2000, de 18 Febrero), lo bien cierto es que en la práctica, el concepto de “peligrosidad criminal” ha venido siendo valorado no solo por las características del delito cometido, sino también por la existencia de un pronóstico relativo a las posibilidades de comisión de nuevos delitos, que habrá de configurarse análogamente a lo previsto en el art. 95.1.2 CP (“Que del hecho y de las circunstancias personales del*

considera que debería quedar fuera de la apreciación la gravedad de los hechos cometidos por entender que la misma ya fue valorada a la hora de individualizar la pena impuesta, circunstancia con la que no estoy de acuerdo pues la misma es muy reveladora de la aptitud criminal del condenado.

Para LEGANÉS GÓMEZ⁷², en los delitos relacionados con la violencia de género, la peligrosidad criminal del condenado va a ser uno de los puntos básicos a valorar antes de otorgar la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta. Así entiende que las penas de prisión de 6 meses a 1 año impuestas por delitos del art. 153 del CP (maltrato ocasional) y las de 6 meses a 3 años de prisión del art. 173.2 del CP (malos tratos habituales), si no existen condenas anteriores, no van a ser efectivamente cumplidas por el agresor condenado, lo que implica una contribución a la sensación de impunidad del mismo, y un correlativo desamparo para la víctima por lo que propugna que los juzgadores sean altamente escrupulosos a la hora de conceder dicho beneficio y que huyan del automatismo que a veces guía su concesión, cumpliendo las condiciones exigidas en el CP para su concesión y en especial, la peligrosidad criminal del reo.

Coincido con TENA ARAGÓN⁷³ que defiende que se trata de una apreciación totalmente subjetiva del Juez que se apoyará en elementos tales como la existencia de causas pendientes, los antecedentes penales⁷⁴, el número de hechos delictivos cometidos, la proximidad temporal de los mismos y las circunstancias que rodearon su perpetración, como, por ejemplo, si en la ejecución de los mismos medió violencia o intimidación o las características de las víctimas afectadas (menores, incapaces...etc.), si el sujeto se encuentra en prisión provisional o sufriendo una medida cautelar por otras causas. En definitiva, el Juez tratará de fundamentar su decisión de conceder o no

sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos") en atención al hecho ya ejecutado y a las circunstancias personales del sujeto, y no tanto por el concepto social en que sea tenido el mismo...), que parece ser a lo que vienen referidas las últimas argumentaciones del recurrente relacionadas con sus circunstancias personales".

⁷² LEGANÉS GÓMEZ, S., "Evolución de los programas para los agresores" en MARTÍNEZ GARCÍA, E., y VEGAS AGUILAR, J.C., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 131 y 132.

⁷³ TENA ARAGÓN, M.F., "Suspensión...", ob. cit., pág. 5.

⁷⁴ Véase al efecto PUENTE SEGURA, L., "Suspensión ordinaria de la...", ob. cit., pág. 133 ó CERES MONTES, J.F., "Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional", en *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial III, CGPJ, Escuela Judicial, 2005, 283 a 352.

conceder dicho beneficio teniendo en cuenta las circunstancias del reo y del delito, y para ello buscará e indagará sobre los extremos que le permitan decidir al respecto. Me animo a incluir, específicamente para los supuestos de violencia de género, los antecedentes que podamos encontrar en el Registro Central de Víctimas de Violencia Doméstica, VIFA, FORTUNY, SIRAJ⁷⁵ o en otros registros administrativos⁷⁶ que servirán para mostrarnos si esa persona tiene o ha tenido otros procedimientos penales por hechos similares frente a la misma pareja sentimental u otra distinta. Podrá solicitar que, por el órgano judicial encargado de la ejecución de una sentencia, firme desde luego porque de lo contrario no estaría conociendo un órgano de ejecución de penal, libre oficio, por ejemplo, a la Brigada de Policía Judicial adscrita a los efectos de conocer el número de detenciones y si utiliza distintos nombres o apodos; o por ejemplo, incluso al Juzgado Decano a los efectos de conocer la existencia de causas pendientes, y en su caso, el número de estas.

En los supuestos en los que el condenado no tenga antecedentes penales, pero sea patente la peligrosidad del mismo o del hecho cometido o en los supuestos en los que el condenado no ha estado a disposición de la Administración de Justicia⁷⁷ es más conveniente no conceder el beneficio de la suspensión de la pena que adoptar mediante auto la imposición del control telemático de la pena de prohibición de aproximación a la víctima y de no comunicación, teniendo en cuenta la no previsión de esta solución en los protocolos respectivos⁷⁸.

⁷⁵ Sistema de Registros de Apoyo a la Administración de Justicia donde se recoge la existencia de otros procedimientos de ese sujeto con otra/s parejas anteriores, así como las de medidas cautelares vigentes o no que se adoptaron en dichos procedimientos y a la que me he referido con anterioridad a la hora de tratar el tema de la peligrosidad del sujeto, pues es una aplicación que nos va a ofrecer la posibilidad de valorar si el sujeto es o no peligroso en atención a la existencia o no de otros procedimientos abiertos contra el mismo y si los mismos se dirigen contra la misma o diferente víctima.

⁷⁶ PALOMAR OLMEDA, A., “Información estadística y registros. Oficinas de atención a la víctima de delitos violentos y ley integral”, en *Administración de Justicia en la Ley Integral contra la violencia de género*, Ministerio de Justicia, 2005, págs. 192 y ss. o también la Guía de Criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género de 16 de octubre de 2008, publicada por el CGPJ.

⁷⁷ Se han dictado requisitorias para su búsqueda y presentación ante la autoridad judicial.

⁷⁸ Véase el Protocolo de 8 de julio de 2009 para la implementación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género que, en principio sólo se prevén dichos medios telemáticos para el control del cumplimiento de las medidas de alejamiento impuestas con carácter cautelar en los procedimientos que se sigan por violencia de género, en cumplimiento del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de noviembre de 2008, dándose cumplimiento así a lo dispuesto en el art. 64.3 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

Por último, no hay que olvidar, a los efectos de la concesión de la suspensión de la pena en los supuestos relacionados con la violencia de género, que existen casos en los que su otorgamiento puede representar un peligro para la propia víctima⁷⁹, por lo que considero muy favorable el hecho de que antes de que se adopte una decisión al respecto se proceda a oírla⁸⁰, y a pesar de que las manifestaciones realizadas por ella no sean vinculantes para su otorgamiento, se debería rechazar su concesión cuando se evidencie una alta probabilidad de reiteración delictiva⁸¹ y, para el caso de que se acuerde la suspensión de la pena y se apueste por la reinserción del condenado por esta vía⁸², con la consiguiente frustración⁸³ o fracaso⁸⁴ que ello supone, se le debería comunicar inmediatamente⁸⁵.

⁷⁹ Véase a tal efecto, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pág. 20.

⁸⁰ GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., “Las buenas prácticas para las víctimas de violencia de género: Especial referencia a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012”, *La Ley*, nº 8226, Sección Tribuna, Año XXXV, 2014, pág. 6.

⁸¹ Bastante ilustrativas me resulta lo manifestado por GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., “La reeducación de los condenados por actos de violencia de género: expectativas de futuro”, *La Ley* nº 7651, Sección Doctrina, Las Rozas (Madrid), 2011; VEGAS AGUILAR, J.C., “Fundamentos, naturaleza jurídica y formas de aplicación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad” en MARTÍNEZ GARCÍA, E., y VEGAS AGUILAR, J.C., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 21 y ss y RINCÓN VELÁZQUEZ, S., “Tratamiento de las víctimas” en MARTÍNEZ GARCÍA, E., y VEGAS AGUILAR, J.C., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 211; entre otros.

⁸² VALDECABRES ORTÍZ, I., “La tutela penal en la ley integral” en *Administración de Justicia en la Ley Integral contra la violencia de género*, Ministerio de Justicia, 2005, págs. 42 y 43.

⁸³ LARRAURI PIJOÁN, E. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 12, 2003, pág. 273.

⁸⁴ FARALDO CABANA, P., “Suspensión y sustitución...”, ob. cit., págs. 421 y ss.

⁸⁵ MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C. y CUÉLLAR OTÓN, P., “La aplicación de los programas formativos de reeducación para condenados por delitos relacionados con la violencia de género, en aplicación de las medidas de suspensión de la ejecución de la pena: El programa de la Audiencia Provincial de Alicante” en MARTÍNEZ GARCÍA, E., y VEGAS AGUILAR, J.C., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 179 y ss.

2.1.4.1.2 Otros procedimientos penales contra el reo

En cuanto a la existencia de otros procedimientos penales contra el reo, y a pesar de la opinión contraria que puede suscitar⁸⁶ por tratarse de procesos vivos o sin sentencia firme, nos aporta otro dato más para valorar la personalidad criminal del condenado y si es conveniente otorgarle la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta.

Para MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ⁸⁷ será necesario que en esos otros procedimientos el condenado ocupe la posición de imputado aunque no hubiera recaído ni auto de procesamiento o de incoación de procedimiento abreviado, ni se hubiera acordado ninguna medida cautelar ni hubiera recaído sentencia en los mismos, siendo esta última circunstancia a valorar muy negativamente.

VIDAL CASTAÑÓN⁸⁸ considera que la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado revela la carrera criminal de este y permite valorar su peligrosidad criminal. Respecto a qué tipos de procedimientos penales deben ser tenidos en cuenta, este autor señala que sólo los que sean por delito y no por falta y exclusivamente los que estén vigentes puesto que los que hayan finalizado lo habrán sido o bien por auto de sobreseimiento, o por sentencia absolutoria o por sentencia condenatoria y entiende obvio que los dos primeros supuestos no acreditan una actuación delictiva por parte del condenado.

PUENTE SEGURA defiende la tesis de que sólo se deberían valorar los procedimientos penales en los que hubiere recaído sentencia condenatoria firme cuando la misma no suponga la pérdida de la condición de delincuente primario pues, según el mismo, la simple imputación en un procedimiento penal ni aún la formalización de una acusación enerva el principio de presunción de inocencia del art. 24 de la CE⁸⁹.

⁸⁶ Como, por ejemplo, PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs. 132 y 133, ó GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La suspensión de la...*, ob. cit., pág. 41.

⁸⁷ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...” ob. cit., págs. 44 y 45.

⁸⁸ VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión y...* ob. cit., págs. 37 a 39.

⁸⁹ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs. 132 a 136.

En la misma línea, ARMENDÁRIZ LEÓN⁹⁰ quien manifiesta resultar perturbador la atención del juzgador a la hora de resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad a otros procedimientos penales pendientes contra el condenado por varios motivos, en primer lugar, por resultar contradictorio con el requisito recogido en el art. 81.1 del CP donde se obliga al juzgador a no apreciar las anteriores condenas por delitos imprudentes para establecer la condición de delincuente primario mientras que en el art. 80.1 párrafo 2º sí deben tenerse en cuenta aunque en estos procedimientos penales pendientes exista la posibilidad de que recaiga una sentencia absolutoria, en segundo lugar, porque se podría estar vulnerando el principio a la presunción de inocencia si esos procedimientos penales aún están pendientes y, en tercer lugar, porque por motivos técnicos un Juez no puede conocer los procedimientos penales pendientes que tiene una persona a no ser que se encuentren en su propio Juzgado.

Respecto al momento en el que debe entenderse que un procedimiento se dirige contra alguien, la Circular nº 1/2005, de 25 de noviembre de la Fiscalía General del Estado recoge la línea jurisprudencial ejemplificada en la STS nº 71/2004, de 2 de febrero⁹¹ en la que se dice en su fundamento de derecho 2º que: “...*La Jurisprudencia mayoritaria de esta Sala (ver, entre otras, S.S.T.S. nº 147⁹², 162⁹³ o 298/03⁹⁴, y los numerosos precedentes citados en las mismas) se ha manifestado en el sentido de que la querella o la denuncia forma ya parte del procedimiento y por ello su presentación es suficiente para producir la interrupción de la prescripción. Así, la sentencia citada en segundo lugar expone que la fecha que ha de tenerse en cuenta para computar el momento en que el procedimiento se dirige contra el culpable es la de la presentación de la denuncia o querella (o ampliación de ésta), más exactamente, la de su asiento en el Registro General, puesto que es la que permite con mayor seguridad establecer el “dies a quo” al margen de la mayor o menor diligencia del Juzgado. Esta es la línea de*

⁹⁰ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución...”, ob. cit., págs. 119 y 120.

⁹¹ Ponente Saavedra Ruíz, fundamento de derecho 2º, EDJ 2004/8293.

⁹² Ponente Sánchez Melgar, EDJ 2003/1591.

⁹³ Ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2003/2080.

⁹⁴ Ponente Soriano Soriano, EDJ 2003/4267.

la Jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo. Así la S.T.S. n° 492/01⁹⁵, con cita de las precedentes, entre otras, 04/06/1997⁹⁶ y 30/12/97⁹⁷, 09⁹⁸, 16⁹⁹ y 26/07/99¹⁰⁰, o 06/11/00¹⁰¹, señala que: “la denuncia y la querella con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en las mismas aparecen ya datos suficientes para identificar a los culpables de la infracción penal correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a los efectos de interrupción de la prescripción, sin que sea necesaria, para tal interrupción, resolución judicial alguna de admisión a trámite”, añadiendo que lo que pueda ocurrir después de la interrupción, “aunque se trate de una dilación importante en la diligencia de recibir declaración al imputado, no puede servir para que esa interrupción anterior quede sin su eficacia propia”. Basta que la declaración de voluntad o de conocimiento del denunciante o querellante fehacientemente se incorpore al registro público judicial para entender que ya existe una actividad penal relevante frente a una persona...”.

En mi opinión, la existencia de otros procedimientos penales contra el que ya ha sido condenado por un delito, aunque en los mismos no haya recaído sentencia condenatoria, revela un rasgo en la personalidad del delincuente que sí debe ser tenido en cuenta por el Juez para decidir si suspende la pena privativa de libertad o no y sobre todo, cuando el sujeto ha sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género. Imaginemos que el abogado de Juan, nombre hipotético, solicita la suspensión de la pena privativa de libertad a la que ha sido condenado por la comisión de un delito de violencia de género y el Juez, antes de resolver sobre la suspensión, decide consultar diferentes registros¹⁰², tales como el Registro Central de Víctimas, el Sistema de Registros Administrativos de la Administración de Justicia (SIRAJ) o el Registro de

⁹⁵ De 27 de marzo, ponente Delgado García, EDJ 2001/7528.

⁹⁶ STS n° 797/1997, de 4 de junio, ponente Marañón Chávarri, EDJ 1997/5917.

⁹⁷ STS n° 1620/1997, de 30 de diciembre, ponente Jiménez Villarejo, EDJ 1997/9372.

⁹⁸ STS n° 1151/1999, de 9 de julio, ponente Delgado García, EDJ 1999/17023.

⁹⁹ STS n° 855/1999, de 16 de julio, ponente Martín Canivell, EDJ 1999/17047.

¹⁰⁰ STS n° 1231/1999, de 26 de julio, ponente Delgado García, EDJ 1999/19391.

¹⁰¹ STS n° 1688/2000, de 6 de noviembre, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 2000/32433.

¹⁰² Bastante útil a modo de consulta resulta el RD de 26 de septiembre de 2008 por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la actividad judicial del Ministerio de Justicia.

Violencia Familiar (VIFA)¹⁰³, que le indican que esa misma persona tiene otros procedimientos penales abiertos en los que figura como denunciado por otras víctimas por hechos similares por los que resultó condenado. Aún siendo posible que esos procedimientos abiertos acaben en sentencia absolutoria porque la víctima se acoja, por ejemplo, al derecho a no declarar del art. 416 de la LECrim, ¿no resulta significativo? ¿No es revelador de una cierta peligrosidad criminal? Yo no tengo la menor duda de que sí e incluso en los otros procedimientos abiertos esta misma situación permitiría adoptar una medida cautelar al amparo del art. 544 bis o ter de la LECrim.

A los efectos de responder las críticas de quienes mantienen una posición diferente a la mía diré que no aprecio contradicción entre los arts. 80.1 párrafo 2º (en lo que respecta a la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado para dejar en suspenso la pena privativa de libertad) y 81.1 del CP (en lo que se refiere a las condenas anteriores cometidas por imprudencia a los efectos de primariedad delictiva) porque ambos preceptos parten de supuestos de hecho distintos. El art. 80.1 párrafo 2º otorga al Juez o Tribunal dos elementos de valor que le permiten decidir sobre una cuestión meramente discrecional, si otorga o no la suspensión de una pena pero ni siquiera los mismos son vinculantes pues el precepto recoge que “*se atenderá fundamentalmente...*” no señala que sea “exclusivamente”. El art. 81.1 del CP, en cambio, permite que una persona que haya sido condenada por un delito imprudente pueda obtener la suspensión de una pena privativa de libertad impuesta en otra condena pero sin que ello signifique que la condena por el delito imprudente no revele por sí misma una conducta criminal peligrosa que aconseje no suspender la pena. Ahí considero que está la diferencia y no la contradicción entre ambos preceptos.

En segundo lugar, tampoco comparto que la denegación de la suspensión de una pena privativa de libertad en atención a la existencia de otros procedimientos penales contra el mismo sujeto sea contraria a la presunción de inocencia si se tiene en cuenta que la misma ya ha sido vencida y enervada al recaer una sentencia condenatoria

¹⁰³ Véase al efecto lo apuntado por PERAMATO MARTÍN, T., “Medidas Cautelares y Penas en el ámbito de la violencia de género”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007, pág. 170 y RUÍZ-RICO RUÍZ-MORÓN, “Problemas derivados de la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49) y de la pena de alejamiento (art. 57), así como de la suspensión de penas (art. 83 y 84), en cuanto a la preceptiva remisión a los planes formativos. Experiencias prácticas”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, pág. 211.

firme¹⁰⁴. En ningún precepto del CP encontramos como criterio o requisito para conceder la suspensión la presunción de inocencia o el principio *in dubio pro reo*, pues los mismos ya han sido vencidos al recaer la sentencia condenatoria firme.

Por último, entiendo fácilmente salvable el problema técnico referido a los registros a los que acudir para saber la existencia o no de los procedimientos penales que penden sobre una persona. Como ya he adelantado y, en especial, pero no exclusivamente, en los casos de violencia de género, se pueden acudir a diversos registros administrativos donde se nos ofrecerá una información detallada no sólo respecto de los procedimientos pendientes, sino también sobre la existencia de órdenes de protección dictadas vigentes o no y sobre qué víctimas, que nos permitirá decidir sobre la conveniencia o no de la suspensión. En última instancia siempre se podrá consultar por el Juzgado o Tribunal al Juzgado Decano testimonio de las actuaciones pendientes que tenga el reo en otros Juzgados. Ahora bien, todavía nos topamos con la inexistencia de un registro general de causas penales, por lo que a salvo lo ya mencionado, como bien señala la Circular nº 1/2005 de la Fiscalía General del Estado, *“sólo en los casos notorios o extraordinarios o en supuestos extraordinarios será factible la obtención de datos relevantes más allá de las fronteras que impongan tales sistemas de gestión”*.

Además de la peligrosidad criminal y de la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado se pueden valorar también otros aspectos a la hora de decidir sobre la concesión de la suspensión de la pena como, por ejemplo, los antecedentes policiales¹⁰⁵, si el reo ha estado localizado y a disposición del Juzgado o Tribunal o si, por el contrario, fue declarado en rebeldía¹⁰⁶, cuando realice actividades delictivas con habitualidad aunque todavía no pese sobre él otra condena o esta no sea

¹⁰⁴ No hay que olvidar que es del resultado total de la prueba practicada en el acto de juicio oral donde ha quedado vencido y enervado el principio de presunción de inocencia, configurado como uno de los derechos fundamentales que sustentan la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 y 2 C.E.) y como una garantía esencial en el Convenio de Derechos Humanos de Roma (1950).

¹⁰⁵ Aunque no todos los autores lo comparten, como es el caso de PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., pág. 134,

¹⁰⁶ La conclusión 6ª de la Consulta de la Fiscalía General del Estado nº 4/1999, de 17 de septiembre, sobre algunas cuestiones derivadas de la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad recoge que *“Si el penado no estuviese a disposición del juez o tribunal sentenciador en la ejecutoria, no será procedente conceder la suspensión de la condena. Habrá de adoptarse alguna medida para lograr la disposición del reo y sólo entonces, analizada la causa de dicha circunstancia-junto con los demás factores de la suspensión-, se resolverá sobre la suspensión de la ejecución”*.

por delito o cuando haya cometido el hecho delictivo concertadamente con otra u otras personas¹⁰⁷, las características del delito cometido...etc. Además, en los casos de violencia de género, debería valorarse también si el hecho se ha cometido en presencia de los hijos comunes o si, por ejemplo, se ha cometido el hecho quebrantando una medida cautelar de prohibición de aproximación y no comunicación.

2.1.4.1.3 Delincuente primario

Respecto de los requisitos necesarios para dejar en suspenso la pena, el art. 81 del CP comienza exigiendo *“que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 de este Código”*.

En lo que respecta a que el condenado sea **delincuente primario** implica la necesidad de que el reo en el momento de cometer el hecho delictivo no cuente con antecedentes penales¹⁰⁸, por lo que es posible que incluso al tiempo de dictarse sentencia, a pesar de que el acusado tenga otros procedimientos penales abiertos y que incluso, cuente con una sentencia condenatoria pero no firme, se pueda acordar la suspensión de la pena por tratarse de un delincuente primario pues para que deje de serlo la sentencia condenatoria debe ser firme, cosa distinta será la consideración que al respecto se pueda realizar de su peligrosidad a los efectos de denegar dicha suspensión en los términos del art. 80.1 párrafo 2º del CP como ya indiqué al tratar la peligrosidad criminal.

Para PUENTE SEGURA¹⁰⁹ se trata de una circunstancia de la que sin poder prescindir, a los efectos de acordar o no la procedencia de la suspensión, debería de

¹⁰⁷ Imaginemos, por ejemplo, el caso de un grupo de personas que acuden juntas de forma habitual a centros comerciales a sustraer mercancías.

¹⁰⁸ Véase la STS nº 2134/1994, de 7 de diciembre, ponente DELGADO GARCÍA, por la que se resuelve el recurso nº 1549/1994, EDJ 1994/9791, en la se desarrollan todos los requisitos del art. 93 del CP de 1973 referido también a la suspensión de la pena privativa de libertad y se dice respecto al primero que *“El primer requisito exigido por el art. 93 es que el reo haya delinquido por primera vez, lo que hemos de interpretar en el sentido de que para denegar la aplicación de la remisión condicional por incumplimiento de esta exigencia no basta que se haya realizado un hecho que pudiera ser delictivo, sino que es necesaria la condena como delito por sentencia firme, de modo que al cometerse la nueva infracción existiera una condena anterior por delito, salvo que haya sido cancelado o sea cancelable el correspondiente antecedente penal conforme el art. 118 o que se trate de primera condena por imprudencia, salvedades introducidas por la LO 8/83 de 25 junio...”*.

¹⁰⁹ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs. 98 y 99.

incardinarse no como un requisito indispensable sino como un elemento más a valorar por el órgano jurisdiccional, una vez acreditada la existencia de las condiciones necesarias que la legislación prevé para su otorgamiento pero de cara a la prevención especial y respecto al momento en el que debe cumplirse dicha condición, según su opinión, caben tres opciones: atender a la fecha en que se cometió el delito cuya condena se pretende que quede en suspenso; atender a la fecha en que se dicta la sentencia por el delito cuya ejecución de pena se pretende suspender, o atender al momento en el que debe ser tomada la decisión relativa a la suspensión o no de la ejecución de la pena impuesta. Desde su punto de vista, al exigir el art. 81.1 del CP que el condenado haya delinquido por primera vez, debe entenderse que sucede cuando, al tiempo de cometer el delito, el mismo no hubiera sido condenado ejecutoriamente por otro hecho delictivo pues admitir otra solución haría depender de un hecho aleatorio la concesión de este beneficio. Parece desprenderse de la expresión “al tiempo de cometer el delito” que para PUENTE SEGURA, sólo se podrá suspender la pena cuando el sujeto haya cometido un delito y no una falta y así es, el mismo autor manifiesta expresamente su postura al respecto cuando afirma que sólo se deberán computar las condenas previas por delito (no imprudente) y no por falta, debiendo entenderse la expresión delinquir en sentido riguroso de haber cometido un delito y no en sentido general de infracción de naturaleza penal.

En idéntica postura encontramos a GARCÍA SAN MARTÍN¹¹⁰ para quien la expresión “delinquir” sólo abarca la comisión de un delito y no de una falta y ello por resultar de palmaria evidencia la voluntad del legislador que de haberlo querido así, lo hubiera recogido expresamente. Además de lo anterior, defiende que sólo se permitirá la suspensión de la pena impuesta por la comisión de un delito en virtud de sentencia firme. Respecto al momento en el que debe entenderse cumplido dicho requisito, estima que el más adecuado es el de la fecha de comisión de los hechos por tratarse de una circunstancia que pende en exclusiva de las acciones u omisiones del reo y de no factores ajenos y dependientes de la mayor o menor agilización de los procesos o del mejor o peor funcionamiento de la administración de justicia.

¹¹⁰ GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La suspensión de la...*, ob. cit., pág. 27.

Para ARMENDARÍZ LEÓN¹¹¹ la expresión delinquir abarca no sólo la comisión de delitos sino también de faltas y en su opinión no se entiende por qué el legislador ha excluido del cómputo las condenas impuestas por delitos imprudentes y no ha hecho mención expresa a las impuestas por faltas, que son infracciones leves. Según esta autora, interpretar el término delinquir como sinónimo de la comisión de un delito y no de una falta conlleva la imposibilidad de suspender la pena de localización permanente que pueda imponerse por la comisión de algunas faltas, lo que tampoco se justifica puesto que el legislador ha establecido expresamente que las penas que se pueden suspender son las privativas de libertad y entre ellas se encuentra la localización permanente, con independencia de la calificación jurídica del hecho cometido.

VIDAL CASTAÑÓN¹¹² defiende que sólo la condena por sentencia firme impuesta por la comisión de un delito provoca la condición de delincuente primario no así las condenas por la comisión de faltas, ni las anteriores condenas por delitos impuestas cuando el penado era menor de edad. A partir de entonces, la simple comisión de un nuevo delito impedirá la concesión del beneficio de la suspensión.

Para MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ¹¹³ la expresión “haya delinquido” del art. 81 del CP no debe ser interpretada extensivamente al tratarse de una exigencia contemplada en un precepto penal para la concesión de un posible beneficio al penado, de manera que debe quedar limitada sólo a los casos en los que exista una sentencia condenatoria y firme por delito doloso en el momento de cometer el nuevo hecho. Respecto al momento procesal en el que debe valorarse si el penado es o no delincuente primario entienden que es la fecha en que se acuerda la suspensión siguiendo el art. 94 del CP.

Para estos autores no deben tenerse en cuenta, a efectos de este requisito, otros procedimientos que se sigan contra el penado en los que no hubiera aún sentencia firme, o cuando la misma sea posterior a la comisión del segundo delito; las condenas por faltas previas; las condenas anteriores por delitos imprudentes cualquiera que sea su número; los antecedentes penales cancelados o que debieren serlo; los antecedentes

¹¹¹ ARMENDARÍZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución...”, ob. cit., pág. 120.

¹¹² VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión y...* ob. cit., págs. 29 y ss.

¹¹³ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., págs. 48 a 51.

penales por conductas delictivas que hayan sido despenalizadas ni las sentencias condenatorias firmes impuestas cuando el penado era menor de edad.

A los efectos de considerar a una persona delincuente primario en los supuestos de concurso de delitos distinguen los supuestos de concurso ideal de delitos, en los que dada la unidad de acción los consideran cometidos simultáneamente y no existe un primero que impida la posibilidad de aplicar este beneficio, de los supuestos de concurso real, en los que sólo cabría considerar entender al penado delincuente primario respecto al primero de todos ellos.

En todo caso las únicas vías para constatar la primariedad delictiva son, según estos autores, que el Juzgado o Tribunal tenga conocimiento de una condena firme anterior en ese o en otros órganos judiciales, en cuyo caso, como bien indican, deberá traerse testimonio de dichas sentencias al Juzgado que sigue la ejecutoria o bien mediante la consulta al Registro Central de Penados y Rebeldes y al Registro Central para la protección de víctimas de violencia doméstica, aunque en estos dos casos el problema con el que nos podemos encontrar, según señalan, es el de la tardanza en la anotación de las sentencias que podría provocar que se diese por delincuente primario a quien no lo fuera al no haberse practicado aún la anotación de la condena en el momento de decidir sobre la suspensión de otra posterior.

Para TENA ARAGÓN¹¹⁴ el problema anterior se puede solventar tomando en consideración el segundo párrafo del n° 1 del art. 80 del CP al especificar en el mismo que para conceder esa suspensión “*se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste*”, procediendo a denegar la suspensión al considerar que existe una peligrosidad en el mismo al constatare de dichas anotaciones la existencia de otros procedimientos penales contra el mismo.

La Fiscalía General del Estado, en la Consulta n° 4/1999, de 17 de diciembre sobre algunas cuestiones derivadas de la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, señala en relación al requisito de que el reo sea delincuente primario, que el mismo se dará siempre que no haya resultado condenado

¹¹⁴ TENA ARAGÓN, M. F., “Suspensión y sustitución...”, ob. cit., pág. 5

en virtud de una sentencia firme y al efecto evoca la STS nº 2134/1994, de 7 de diciembre¹¹⁵, que establece en su Fundamento Jurídico 3º que:

“El primer requisito exigido por el art. 93 es que el reo haya delinquido por primera vez, lo que hemos de interpretar en el sentido de que para denegar la aplicación de la remisión condicional por incumplimiento de esta exigencia no basta que se haya realizado un hecho que pudiera ser delictivo, sino que es necesaria la condena como delito por sentencia firme, de modo que al cometerse la nueva infracción existiera una condena anterior por delito, salvo que haya sido cancelado o sea cancelable el correspondiente antecedente penal conforme el art. 118 o que se trate de primera condena por imprudencia, salvedades introducidas por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 junio”.

Según la Consulta, dicha afirmación se debe al principio de presunción de inocencia que impone como elemento esencial que en tanto no exista sentencia condenatoria firme no cabrá considerar que una persona ha cometido un hecho delictivo, por lo que con la mera imputación no perderá la condición de delincuente primario. De la misma también se puede deducir que el momento en el que se debe apreciar la condición de delincuente primario es al cometer la nueva infracción.

La Consulta 4/1999, de 17 de diciembre también se encarga de resolver las cuestiones relacionadas al concepto de delincuente primario en los supuestos de concurso ideal, concurso real y concurso ideal medial. ¿Sigue siendo delincuente primario aquel que ha cometido un hecho delictivo que desencadena en dos infracciones penales en concurso ideal de delitos? Dicha Consulta resuelve la cuestión acudiendo a la STS nº 2134/1994 mencionada que admitió la concesión de la suspensión a quien resultó condenado en la misma sentencia por tres delitos de lesiones en relación de concurso ideal. ¿Se sigue el mismo criterio en el supuesto de concurso real y concurso ideal medial? La Consulta 4/1999, de 17 de diciembre concluye afirmando que si se hace depender el concepto de delincuente primario de la existencia de una sentencia condenatoria resulta indiferente que nos encontremos ante un concurso ideal medial o concurso real pues hasta que no recaiga sentencia firme condenatoria el sujeto será

¹¹⁵ Ponente Delgado García, EDJ 1994/9791.

delincuente primario habida cuenta de que antes de la comisión de cualquiera de los hechos que integran el concurso ideal o real no existe dicha sentencia condenatoria¹¹⁶.

En mi opinión, no se podrá acordar el beneficio de la suspensión de la pena desde el momento en que al delincuente le conste impuesta una condena firme por la comisión de un delito doloso anterior pues entiendo que la expresión “*que el condenado haya delinquido por primera vez*” se refiere, en este caso, a la comisión de un delito doloso, a tenor de la redacción del art. 81.1 del CP, y no a la comisión ni de un delito imprudente ni de una falta, por lo que las condenas impuestas por delitos imprudentes (suspendidas o no) y en los respectivos juicios de faltas (suspendidas o no) no computarán a efectos de primariedad delictiva y sin que ello implique que no se puedan suspender las penas privativas de libertad que se impongan por la comisión de los mismos puesto que el CP en ningún momento lo excluye.

Respecto a cuándo debe valorarse la concurrencia de dicha circunstancia definiendo que será en el momento en el que se deba decidir sobre la concesión de dicho beneficio, en cuyo caso, el Juzgado o Tribunal que deba decidir deberá realizar las consultas a los diferentes registros administrativos de las provincias donde consten dichas condenas y, en caso de no constarles ninguna, podrá solicitar los testimonios de las mismas directamente al Juzgado en cuestión, en caso de sospechar que el delincuente haya podido resultar condenado con anterioridad¹¹⁷ y aún no esté anotada. Incluso se podría recabar dicha información directamente al Juzgado Decano respectivo.

Ahora bien, puede ocurrir que del resultado de dichas consultas conste que el reo cuente con otra u otras condenas que en el momento de cometer los nuevos hechos no eran firmes y que ya lo son al tiempo de decidir sobre la suspensión de la pena, en cuyo caso entiendo, como recoge la Consulta de la Fiscalía General del Estado 4/1999, de 17 de diciembre, que es merecedor de este beneficio, cosa distinta es que se valore negativamente su concesión por parte del Juez o Tribunal en atención a su peligrosidad criminal. Tampoco tengo nada que objetar a lo que recoge la misma en relación a la concepción de delincuente primario en los casos de concurso ideal y real e ideal medial.

¹¹⁶ A favor de esta interpretación también se pronuncia MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Suspensión, sustitución y ejecución...”, ob. cit., pág. 33.

¹¹⁷ Circunstancia que puede darse en el caso de que el Juez o Tribunal observen que el condenado cuenta con otro u otros procedimientos pendientes y que por su fecha sea posible que ya hubiera recaído sentencia firme en alguno de ellos.

Por lo demás y como ya manifesté anteriormente, un primer antecedente por delito relacionado con la violencia de género debe suponer una llamada de atención que no debe minusvalorarse, con independencia de la gravedad de los hechos cometidos, para evitar la escalada de violencia.

2.1.4.1.4 Pena no superior a dos años

El segundo requisito al que hace mención el art. 81 del CP se refiere al límite cuantitativo de la pena. Según dicho precepto es necesario que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas **no sea superior a dos años**, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de multa. Este límite cuantitativo no resultará aplicable cuando el mismo haya cometido el hecho en atención a su dependencia a las sustancias a que se refiere el art. 20.2 del CP en cuyo caso se observará lo dispuesto en el art. 87 del CP¹¹⁸.

Uno de los problemas que se pueden plantear por una parte es si ese límite temporal que recoge el precepto se refiere a la pena prevista en el marco penal en abstracto o si se refiere a la pena concreta impuesta y por otra parte, si al referirse el CP “*no supere los dos años de privación de libertad*” impide acogerse a este beneficio a los condenados exactamente a dos años de prisión.

¹¹⁸ En dicho precepto se establece que: “1. Aun cuando no concurran las condiciones 1 y 2 previstas en el art. 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el nº 2 del art. 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. El juez o tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores. 2. “En el supuesto de que el condenado sea reincidente el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor”. 3. “La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años”. 4. “En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al juez o tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización”. 5. “El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas. Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.

MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ¹¹⁹ interpretan este requisito en el sentido de que la pena a la que se refiere el precepto es a la pena concreta impuesta y no al marco penal en abstracto del tipo. Respecto al límite cuantitativo de las penas a suspender entienden que el art. 80.1 y 2 emplean términos distintos y contradictorios pues mientras el nº 1 se refiere a *penas no superiores a dos años*, que permitirían la suspensión de una pena de prisión de 2 años, el nº 2 se refiere a *penas inferiores a dos años*, que la excluiría. No obstante, entienden que una interpretación favorable al reo debe permitir la suspensión de las penas privativas de libertad de dos años inclusive.

PUENTE SEGURA¹²⁰ no solamente defiende la posibilidad de suspender una pena de prisión de dos años sino que va más allá y sostiene que incluso en los casos en los que el sujeto haya sido condenado por dos delitos en la misma sentencia a penas que por separado no excedan de los dos años de privación de libertad, se podrá acordar la suspensión de cada una de ellas al no haber perdido la condición de delincuente primario por ninguno de los dos hechos por los que ha sido condenado, por lo que en estos casos defiende que el condenado cumplirá la condición necesaria subjetiva (delincuente primario) y la objetiva (pena no superior a dos años). El razonamiento que utiliza es que con la regulación anterior a la reforma del CP operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre¹²¹ no era posible la suspensión de dos penas privativas de libertad si la suma de ambas excedía de los dos años, mientras que tras dicha reforma el precepto alude a tres grupos o categorías: la pena impuesta o las penas impuestas o la suma de las impuestas; ninguno de cuyos grupos o categorías podrá superar los dos años de duración. Según este autor, de interpretar dicho precepto de forma que no sea posible suspender dos penas de dos años de prisión cada una impuestas en la misma sentencia, haría redundante la categoría “suma de las impuestas” respecto de la categoría “penas impuestas” y obligaría a prescindir de la única parte del art. 81.2 del CP que ha sido modificada en la LO 15/2003, de 25 de noviembre puesto que no se entendería qué sentido tiene esta modificación. Además señala que esta interpretación es coherente con la exigencia de que la condición de delincuente primario sólo se pierda con relación a

¹¹⁹ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 51

¹²⁰ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs. 108 a 114.

¹²¹ Que recogía “*Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad*”.

delitos cometidos con posterioridad a haberse dictado una sentencia condenatoria firme frente al mismo sujeto.

Hay que recordar que la modificación operada en el art. 81.2 del CP por la LO 15/2003, de 25 de noviembre es doble: por un lado, se suprime la exigencia de que las penas cuya duración es susceptible de ser sumada para alcanzar el límite de los dos años hayan sido impuesta en la misma sentencia y, por otro, introduce expresamente la mención de que las penas derivadas del impago de la pena de multa no se pueden computar por tratarse de penas heterogéneas.

Respecto a lo primero, ¿significa que ahora se permiten sumar penas impuestas en sentencias distintas? El Informe del CGPJ al anteproyecto de ley¹²² respondía favorablemente a esta pregunta indicando que: *“El límite de pena para la suspensión de la ejecución de la pena, establecido en dos años, regirá bien se trate de pena única, bien de la suma de varias condenas, aunque se hubieran impuesto en distintas sentencias (modificación del art. 81.2ª). Por tanto, se equipara el tratamiento del que es juzgado en un solo proceso por varios hechos, respecto del que lo es en procesos distintos. La modificación es oportuna pues, incluso, materialmente el concurso de delitos existe aunque los hechos hubieran sido enjuiciados en procesos distintos, pudiendo serlo en uno solo”*.

En contraposición al informe emitido por el CGPJ, la Circular nº 1/2005, de 25 de noviembre mantiene una posición distinta y señala que no es posible llegar a la misma conclusión pues *“...Las condenas previas por delitos dolosos producen sus efectos según lo previsto por la primera condición (art. 81, 1ª). Las impuestas por delitos imprudentes anteriores son irrelevantes, porque admitir su trascendencia respecto de la segunda condición sería igual que concederles por esta vía el valor que les niega la primera. Este mismo argumento rechaza la consideración de hipotéticas condenas posteriores. La primera condición exige que el condenado haya delinquido por primera vez. Negar la posibilidad de conceder el beneficio por suma de condenas posteriores a aquélla cuya suspensión se está considerando, hasta superar el límite de dos años, supondría dar aquí trascendencia a lo mismo que es rechazado anteriormente. Por otra parte, la imprecisión del legislador en cuanto a los límites objetivos o temporales de las posibles condenas computables a estos efectos, y las*

¹²² De 3 de noviembre de 2006.

dificultades prácticas para comprobar en cada caso la concurrencia de este requisito de carácter obstativo, con el riesgo que todo ello entraña para la seguridad jurídica, llevan también a descartar esta interpretación y a abogar por aquélla que circunscribe a un mismo proceso el límite temporal establecido. En consecuencia, la supresión de la expresión en una misma sentencia supone una mejoría técnica del texto legal, que elimina una redundancia, pero que no extrae el cálculo del límite de la pena o penas susceptibles de suspensión del ámbito de la sentencia en la que fueron impuestas...”

En mi opinión cuando el art. 81.2 del CP impone el límite cuantitativo de dos años se está refiriendo a la pena concreta impuesta en la sentencia con independencia del marco abstracto previsto en el CP puesto que el propio art. 81.2 del CP recoge la expresión “pena o penas *impuestas*, o la suma de las *impuestas*”. Para entender de otra forma este precepto debería haber utilizado la expresión “pena prevista” u otra similar.

Respecto al límite cuantitativo de la pena a suspender definiendo en una interpretación favorable al reo, que pueden ser susceptible de suspensión las penas de hasta 2 años de privación de libertad inclusive y entiendo que éste límite cuantitativo sólo puede obtenerse por la suma de las penas impuestas en una única sentencia pues de aplicarse a penas previstas en distintas sentencias dejaría de cumplirse el requisito de ser delincuente primario¹²³. Además, considero que el legislador con la expresión “*la suma de las impuestas*” se refiere a la suma de las penas impuestas en la sentencia mientras que cuando habla de “*la pena o penas impuestas*” abre la posibilidad de que en una misma sentencia se impongan penas privativas de libertad diferentes, es decir, que podría darse el caso de se condene a dos penas de prisión y a una pena de localización permanente.

La segunda modificación operada en el art. 81.2 del CP con la LO 15/2003, de 25 de noviembre hacía referencia a que las penas derivadas del impago de la pena de multa no se pueden computar a efectos de alcanzar el límite de los dos años dando así la posibilidad de que el reo tenga un margen mayor en cuanto al límite cuantitativo de las penas a suspender.

¹²³ MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ mantienen una posición distinta señalando que “...dado que la competencia para acordar la suspensión recae en el órgano sentenciador, sólo procederá ello cuando todas las sentencias fueron impuestas por el mismo Juzgado o Tribunal...”; en MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 52.

Por lo demás a la hora de observar este requisito, dentro de los delitos relacionados con la violencia de género, se aprecia que en la mayoría de los tipos delictivos que suelen cometerse a consecuencia de esta lacra social no llevan aparejados penas privativas de libertad en abstracto superiores a los dos años¹²⁴, por lo que este requisito, en principio, no supondría ningún inconveniente para su concesión.

2.1.4.1.5 Pago de la responsabilidad civil

El último requisito al que hace referencia el art. 81 del CP para que el reo pueda ver suspendida su pena, es que haga frente al **pago de la responsabilidad civil** a la que resultó condenado o que, se acredite, la imposibilidad de hacerlo, previa declaración de su insolvencia y siempre después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal. En la práctica, además de las manifestaciones realizadas por el condenado respecto a su insolvencia, será necesario investigar la realidad de esta para su constatación previo informe del Ministerio Fiscal. Al efecto, la Consulta 4/1999, de 17 de diciembre recoge que el impago por insolvencia no excluye la posibilidad de obtener la suspensión de la pena de prisión ni tampoco en los supuestos de transformación de la pena de multa impuesta en días de privación de libertad, pues no se puede hacer depender de la solvencia del condenado el hecho de que el mismo entre o no en prisión y la misma solución se adoptó en la STS de 16 de septiembre de 1991¹²⁵, donde se recoge la naturaleza diferente de las pena de prisión y de multa señalando que *“se trata de sanciones que podríamos denominar heterogéneas y de ahí que, desde un punto de vista aritmético, sea imposible que constituyan dos sumandos de una misma suma... ”*. En dicha sentencia se recuerda que se atacaría frontalmente el principio de igualdad ante la Ley que proclama el art. 14 de la CE si se hace depender el posible ingreso en prisión de la diferente situación económica del sujeto afectado en trámite de cumplimiento de la pena, y que supondría resucitar la vieja idea de la “prisión por deudas”, idea inaceptable hoy día.

¹²⁴ Con excepción de los delitos de lesiones del art. 147 y 148.4 del CP; el delito de amenazas graves del art. 169 del CP, el delito de coacciones graves del art. 172 del CP y el violencia habitual del art. 173.2 del CP en los que la pena de prisión prevista en abstracto alcanza límites superiores a los dos años.

¹²⁵ Ponente García Ancos, EDJ 1991/8618.

También la STC nº 14/1988, de 4 de febrero¹²⁶ rechazó que la remisión condicional se hiciera depender del pago de las responsabilidades civiles. Como señala MANZANARES SAMANIEGO¹²⁷ las formulaciones del legislador referidas a las responsabilidades civiles en la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, así como en la sustitución, la libertad condicional y el indulto son muy diversas y, a modo de ejemplo, recuerda el contenido del art. 801.3 de la LECrim referido a la suspensión de la pena en los casos de conformidad emitida en el seno de los juicios rápidos en el que se recoge que: *“Para acordar, en su caso, la suspensión de la pena privativa de libertad, bastará, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 81.3 del Código Penal, con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de guardia fije...”*.

MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ¹²⁸ consideran que la satisfacción de la responsabilidad civil puede entenderse cumplida con el compromiso de pago, aunque sea fraccionado, que asuma el condenado en virtud de lo dispuesto en el art. 801 de la LECrim y que la misma podrá recogerse como obligación al amparo de lo dispuesto en el art. 83.1.6ª del CP. En cambio, defienden que no será suficiente para entender cumplido este requisito la existencia de una declaración de insolvencia en la pieza separada de responsabilidad civil sino que será necesario oír tanto a los interesados como al Ministerio Fiscal de cara a valorar por el Juez, los datos que éstos puedan ofrecer sobre la capacidad económica del condenado.

En todo caso entiendo que antes de declararse la insolvencia del penado será necesario efectuar una investigación patrimonial del mismo a través de las consultas a los organismos oficiales, como por ejemplo, la Tesorería General de la Seguridad Social o a través del Punto Neutro Judicial, que engloba la consulta a diversos organismos y resulta muy completa.

Para GARCÍA SAN MARTÍN¹²⁹ la conducta del penado en orden a satisfacer voluntariamente la responsabilidad civil resulta irrelevante en orden a la concurrencia

¹²⁶ Ponente Latorre Segura, EDJ 1988/330.

¹²⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Suspensión, sustitución y ejecución...”, ob. cit., pág. 38.

¹²⁸ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 54.

¹²⁹ GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La suspensión de la...*, ob. cit., págs. 38 a 40.

del citado presupuesto, aunque no así con respecto a la ulterior resolución que se adopte sobre la concesión o denegación del beneficio, de tal forma que si el penado cuenta con bienes suficientes para afrontar el pago de la responsabilidad civil, el órgano judicial que esté conociendo de la ejecutoria vendrá obligado, con anterioridad a pronunciarse sobre su concesión, a su localización, embargo y afectación al referido pago, y si no cuenta con bienes con los que hacer frente a su satisfacción, el órgano judicial vendrá asimismo, y previa verificación de dicha realidad, a declarar su insolvencia; por lo que concluye que la voluntad del penado sólo será decisoria, con independencia de si tiene o no bienes para hacer frente a la responsabilidad penal, de cara a la concesión o denegación del beneficio pero no para satisfacer la responsabilidad civil.

Para ARMENDARIZ LEÓN¹³⁰ la razón que probablemente llevó al legislador a incluir este último requisito fue de política criminal para dar mayor protagonismo a la víctima del delito, aunque es más una mera apariencia pues si el penado es declarado insolvente aún podrá optar a la concesión de este beneficio.

El art. 82 del CP señala que:

“Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los jueces o tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Respecto a la resolución judicial que acuerde o no la suspensión de la ejecución de la pena, se exige que sea motivada puesto que no es un derecho del penado ni un beneficio que se otorga automáticamente sino que su concesión es discrecional y potestativa¹³¹ por exigencia del art. 80.1 del CP al hablar de “*resolución motivada*” y de los arts. 24 y 120.3 de la CE y del art. 248.2 de la LOPJ¹³². Además en los casos de violencia de género es conveniente que antes de resolver sobre la concesión o no de este

¹³⁰ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución...”, ob. cit., pág. 121.

¹³¹ Véase al efecto las STC nº 233/1991, de 10 de diciembre, ponente De los Mozos y De los Mozos, EDJ 1991/11702; STC nº 55/1991, de 12 de marzo, ponente Gimeno Sendra, EDJ 1991/2745; STC nº 224/1992, de 14 de diciembre, ponente García-Mon y González-Regueras, EDJ 1992/12333; STC nº 245/1993, de 19 de julio, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1993/7319; STC nº 203/1994, de 11 de julio, ponente Cruz Villalón, EDJ 1994/5924; STC nº 309/1994, de 21 de noviembre, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1994/ 8708; STC nº 115/1997, de 16 de junio, ponente Gimeno Sendra, EDJ 1997/4022; STC nº 31/1999, de 8 de marzo, ponente Casas Baamonte, EDJ 1999/1843 ó la STC nº 349/2004, de 18 de marzo, ponente Aparicio Calvo-Rubio, EDJ 2004/31396, entre otras.

¹³² Este último precepto referido a la necesidad de motivar los autos que es precisamente la forma que debe adoptar la resolución sobre la suspensión de la pena.

beneficio se oiga a la víctima no sólo para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 80.2 del CP, sino también si se tiene en cuenta que en este tipo de delitos se condiciona su concesión al cumplimiento de determinadas condiciones específicas que afectan a la víctima del delito. Además resulta indudable que el pago de la responsabilidad civil en los casos en los que la violencia se ha ejercido en el seno de la pareja o ex parejas con hijos comunes, repercutirá también en la situación económica de la propia víctima pues, aunque luego retorne a la víctima, el pago de dicha cantidad se satisfará con el patrimonio familiar.

2.1.4.2 Condiciones para la suspensión de la pena

El art. 83 del Código Penal, recoge que:

“1¹³³. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1ª Prohibición de acudir a determinados lugares.

2ª Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

3ª Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.

4ª Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

5ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares¹³⁴.

6ª Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

¹³³ Número 1 del artículo 83 redactado por el apartado trigésimo del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 26 noviembre). Vigencia: 1 octubre 2004

¹³⁴ Punto 5º del número 1 del artículo 83 redactado por el apartado decimonoveno del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010.

Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado¹³⁵.

2. Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas”.

Según se desprende del artículo citado para suspender la ejecución de la pena impuesta es necesario que el reo no delinca durante un plazo de tiempo fijado por el Juez o Tribunal y, en caso de considerarse necesario por éstos, que cumpla las obligaciones o deberes que se le impongan para el caso de que la pena suspendida fuese la de prisión.

2.1.4.2.1 No delinquir durante el período de suspensión de la pena

Del art. 83 del CP se hace depender la suspensión de la pena del cumplimiento de una condición principal, que es la de que el reo no delinca durante un lapso de tiempo, de dos a cinco años si la pena suspendida es privativa de libertad de hasta dos años, o de tres meses a un año si se tratara de penas privativas de libertad leves, que se determinará expresamente por el Juez o Tribunal atendiendo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 80.2 del CP¹³⁶, a las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena suspendida.

Al respecto surge la duda de si la comisión de cualquier infracción penal es suficiente para revocar la suspensión o si sólo la comisión de un delito doloso puede producir dichas consecuencias. En mi opinión y al igual que entendía respecto al requisito de la primariedad delictiva, sólo la comisión de un delito doloso puede provocar la revocación de este beneficio no así la comisión de un delito imprudente o una falta.

¹³⁵ Párrafo 2º del apartado 6º del número 1 del artículo 83 redactado por el artículo 33 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (B.O.E. 29 diciembre). Vigencia: 29 junio 2005.

¹³⁶ En este precepto se recoge que: “El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena”.

También debemos preguntarnos en qué momento debe entenderse suspendida la ejecución de la pena, si desde que se notifica el auto que concede dicho beneficio o desde la firmeza del mismo.

MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ¹³⁷ así como PUENTE SEGURA¹³⁸ comparten los pronunciamientos recogidos en la STC n° 251/2005, de 10 de octubre¹³⁹ en la que se señala que “...la propia dinámica de esta modalidad de contraprestación, por la que el titular del ius puniendi se compromete a remitir la pena en la medida en la que el penado cumpla la mencionada condición, conduce a concluir que el período de prueba a que éste último se somete se inicia en el mismo momento en que se notifica la resolución por la que concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena...”.

Además sostienen, como indica la citada resolución, que carecería de sentido dilatar *sine die* el inicio del plazo de suspensión a la espera de la resolución de eventuales recursos contra tal decisión pues supondría añadir el período adicional de tiempo hasta la resolución del recurso de apelación presentado frente al auto de otorgamiento de la suspensión lo que provocaría inseguridad jurídica al condenado que no sabría en qué momento exacto situar el comienzo de los dos años de prueba. Además consideran que es lo más adecuado a la vista del contenido del art. 136.2 del CP, cuyo cómputo, por analogía, entienden aplicable.

En los delitos relacionados con la violencia de género si el condenado quebranta la pena impuesta de prohibición de aproximación y no comunicación, además de la apertura de nuevas diligencias previas será necesario deducir testimonio de las mismas al Juzgado que esté llevando la ejecutoria de la condena suspendida, para que revoque la suspensión de la pena concedida y acuerde su cumplimiento y además, la solicitud para la celebración de las comparecencias de los arts. 505 y 544 ter de la LECrim. Ello es producto de una doble consecuencia: por un lado, se infringe el requisito de que el reo no vuelva a delinquir y, por el otro, supone un quebranto de las obligaciones o deberes de conducta previstos en el art. 83 del CP que coloca a la víctima en una situación de riesgo que debe remediarse.

¹³⁷ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 60.

¹³⁸ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., pág. 139.

¹³⁹ STC n° 251/2005, de 10 de octubre, ponente Gay Montalvo, EDJ 2005/171590.

2.1.4.2.2 Cumplimiento de las obligaciones o deberes de conducta impuestos

El sometimiento al cumplimiento de los mismos se hace depender, en los casos en los que el Juez o Tribunal lo considere necesario, de que la pena a suspender sea la de prisión, quedaría, por tanto, fuera de esta posibilidad la responsabilidad personal por impago de multa y la pena de localización permanente.

No obstante, para delitos relacionados con la violencia de género, la reforma operada por la LO 1/04, de 28 de diciembre modificó el art. 83 del CP añadiendo el apartado 1.6 párrafo 2º:

“Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1, 2 y 5 de este apartado”.

El hecho de que expresamente se recoja la expresión se “condicionará en todo caso” refleja el carácter condicional de la suspensión al obligatorio cumplimiento de los reglas previstas en los números 1, 2, y 5 de dicho precepto, de tal forma que el incumplimiento o inobservancia por parte del penado de dichas conductas implicará la revocación de la suspensión de la pena, con el consiguiente cumplimiento de la misma, previa liquidación de dicha pena privativa de libertad, el correspondiente auto aprobando la misma y del informe favorable del Ministerio Fiscal, que debe ser notificado al reo. Las reglas previstas en los números 1, 2 y 5 del art. 83.1 se refieren a:

1. Prohibición de acudir a determinados lugares.

2. Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

5. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.

Dichos deberes tienen que ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 48 y 57 del CP, que determinan la imposición, en todo caso, como penas accesorias¹⁴⁰ de la prohibición tanto de aproximación como de comunicación con la víctima cuando el condenado resulte serlo como autor de un delito o falta (en este caso el art. 57.3 del CP

¹⁴⁰ Tienen una naturaleza de penas privativas de derechos, según lo dispuesto en el art. 39 del CP que están recogido dentro de la Sección 3ª, del Capítulo 1º, Título III, que lleva por rúbrica “de las penas privativas de derechos”.

señala que “*también podrán imponerse*”), relacionado con la violencia de género pero que se diferencian de las mismas por su distinta naturaleza, duración y por las consecuencias que llevan aparejadas el incumplimiento de unas y de otras. En todo caso considero necesario que en el momento en el que se le notifique al penado el auto de suspensión de la pena, se le requiera no sólo de que se abstenga de delinquir durante el período de tiempo que se señale, sino también de cumplimiento de dichas obligaciones o deberes de conducta advirtiéndole expresamente de que su inobservancia llevará aparejada la revocación de la suspensión, sin perjuicio de que además, al imponerse en todo caso como penas accesorias las del art. 48.2 del CP por mandato del art. 57.2 del CP, se deducirá testimonio de dicha conducta y provocará la incoación de un nuevo procedimiento por si los hechos pudieran constituir un delito de quebrantamiento de condena lo que exigiría, según mi parecer, un requerimiento expreso en ese sentido en el auto que acuerde el beneficio de la suspensión de la pena¹⁴¹.

Respecto al control del cumplimiento de la obligación o deber de no aproximación y no comunicación con la víctima impuesta en los casos en los que el penado hubiera cometido un delito relacionado con la violencia de género, debemos preguntarnos sobre la necesidad de acudir a medios telemáticos de control o localizadores electrónicos. No existe ningún género de duda de que el empleo de dichos mecanismos de control facilita no sólo la localización en todo momento del agresor sino que además, le permite desarrollar su vida con un nivel alto de normalidad. En el otro extremo nos encontramos con que la víctima va a tener que soportar la incomodidad de llevar el dispositivo en todo momento además de tener que cargar el mismo con relativa frecuencia, con lo que se necesitará de la colaboración de la misma¹⁴².

¹⁴¹ De ahí la doble naturaleza de pena accesoria y de obligación o deber de conducta de las prohibiciones recogidas en el art. 48.2 del CP. No obstante lo anterior la duración de ambas puede tener una duración diferente como bien advierte PERAMATO MARTÍN, T., “Medidas Cautelares y...ob. cit, pág. 176. Como indica la referida autora, la obligación o deber de conducta tendrá la misma duración que el plazo de suspensión apreciado en la sentencia mientras que la pena de prohibición de aproximación y no comunicación, puede tener una duración mayor o menor al periodo de suspensión. De hecho; por imperativo del art. 57.1 apartado segundo, será por tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. Bastante interesantes resultan también las conclusiones a las que llega JAVATO MARTÍN, M., “El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencial” en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 123 a 151.

¹⁴² Véase al efecto las manifestaciones realizadas por DE HOYOS SANCHO, M., “La orden de protección de las víctimas de la violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela*

Si el empleo de estos mecanismos en los casos de órdenes de protección en los que existe una situación de riesgo para la víctima y se dan las demás condiciones del art. 544 ter de la LECrim que implican la necesidad de otorgar una protección con celeridad a la víctima no me generan ninguna duda, su utilización como mecanismo de control del cumplimiento de dichos deberes u obligaciones de conducta en los casos de suspensión de la ejecución de la pena entiendo que debería reconsiderarse, sobre todo porque si es la peligrosidad criminal del sujeto la que aconseja el empleo de dichos dispositivos quizás lo más conveniente sería no acordar la suspensión precisamente en atención a su peligrosidad y a la posibilidad de que vuelva a atentar contra bienes jurídicos de la víctima, a pesar de que el art. 48.4 del CP lo permita.

Por otro lado, la terminología empleada en el último párrafo del art. 83.1 del CP es objeto de críticas pues no faltan autores, como PUENTE SEGURA¹⁴³ que opinan que la expresión “delitos relacionados con la violencia de género” puede originar dudas respecto a qué delitos cabe entender incluidos aunque en su opinión, siguiendo a PERAMATO MARTÍN¹⁴⁴, debe considerarse no sólo aquellos para cuya instrucción y fallo sean competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer sino también aquellos otros que estén íntimamente ligados con los mismos tales como el quebrantamiento de medida cautelar.

A propósito de lo anterior, la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/2005, de 18 de julio sobre los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, señala que *“para que los actos de violencia sobre la mujer incidan en el ámbito de aplicación de esta Ley y puedan reputarse violencia de género es preciso que tengan como sujeto activo en todo caso a un hombre, que el sujeto pasivo siempre sea una mujer, y que entre ambos exista, o*

jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales. Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 521 a 564; PELAYO LAVÍN, M., “¿Es necesaria una reforma del artículo 416 de la LECrim para luchar contra la violencia de género?”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales.* Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 505 a 519; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “La protección mediante el alejamiento” en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, págs. 211 a 250 o SANDE MAYO, M. J., “La imposición “en todo caso” de la prohibición de aproximación” en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, págs. 253 a 261.

¹⁴³ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs. 150 y ss.

¹⁴⁴ PERAMATO MARTÍN, T., “Medidas Cautelares y...ob. cit., pág. 174.

haya existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aún sin convivencia”, aunque la tutela penal también abarca a las “personas especialmente vulnerables” que convivan con el autor en determinadas circunstancias.

En mi opinión, incluir la expresión “delitos relacionados con la violencia de género” en un precepto del CP que provoca el sometimiento en todo caso al cumplimiento de las obligaciones o deberes de conducta, impuestos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del art. 83 del CP, conlleva una gran inseguridad jurídica pues es un concepto jurídico indeterminado y su concreción requiere de una interpretación por parte del aplicador jurídico que nunca debería perjudicar al penado por lo que me parece muy acertada la posición de la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/2005, de 18 de julio.

La LO 5/2010, de 22 de junio modificó, a través de su apartado decimonoveno de su artículo único, el apartado 5º del art. 83.1 del CP, por lo que, por esta vía se pondrá imponer como obligación o regla de conducta la de someterse el agresor a programas de intervención frente a la violencia de género que se imparten en los centros de inserción social¹⁴⁵.

2.1.4.3 Comisión de delitos durante el período de suspensión o infracción de las obligaciones o deberes de conducta

Ambos aspectos están contemplados en el art. 84 del CP y las consecuencias de cara a la suspensión de la pena que se hubiere otorgado son distintas en uno u otro supuesto, siempre que no se trate de delitos relacionados con la violencia de género, pues en el caso de que delinca nuevamente durante el plazo de suspensión se producirá la revocación de la suspensión mientras que si no respeta las obligaciones o deberes de conducta impuestos cabrá o que las mismas puedan ser sustituidas por otras, o que se

¹⁴⁵ Como por ejemplo, el centro de inserción social “Victoria Kent” en Madrid. En este tipo de centros se ponen en práctica diversos programas de intervención en los que se busca disminuir la probabilidad de reincidencia, modificar actitudes sexistas y desarrollar pautas de comportamiento que respeten la igualdad de género. Las características de estos programas las podemos encontrar en la página web del Ministerio del Interior, en el apartado dedicado dentro de instituciones penitenciarias, a reeducación y reinserción. <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/maltratadores.html>, última visita el 2 de marzo de 2015.

prorroge el plazo de suspensión o bien, si el incumplimiento es reiterado, se proceda a la revocación de la suspensión por dicho motivo¹⁴⁶.

En el caso de que la pena de prisión suspendida haya sido impuesta por la comisión de un delito relacionado con la violencia de género, entra en juego el último apartado del art. 84 del CP, que se adicionó por la LO 15/2003, de 25 de noviembre y fue objeto de una nueva redacción a través del art. 34 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre bajo el epígrafe “*Comisión de delitos durante el período de suspensión de la pena*”.

La consecuencia lógica del incumplimiento de las obligaciones o deberes impuestos, en estos casos, es idéntica al supuesto de que el reo vuelva a delinquir¹⁴⁷. No obstante, una vez transcurrido el período de suspensión impuesto, se acordará la remisión de la pena. Así se dispone en los artículos 84 y 85 del CP que recogen que:

Artículo 84: “1. Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.

2. Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos:

a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.

c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado

3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1º del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Artículo 85: “1. Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena.

¹⁴⁶ En el caso de delitos relacionados con la violencia de género ya adelanté que en el caso de que el reo volviera a cometer otro hecho encuadrable dentro de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, conllevaría no sólo la revocación de la pena suspendida y la apertura de nuevas diligencias previas, sino que sería necesario convocar las comparecencias del art. 505 y 544 ter de la LECrim, por si es necesario que el Juez o Tribunal decrete la prisión provisional del mismo o la adopción de alguna medida de protección para la víctima.

¹⁴⁷ Ver art. 84 y 85 del CP.

2. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conductas fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena”.

En los delitos relacionados con la violencia de género no será infrecuente la revocación de la suspensión no sólo porque el agresor haya reincidido sino también porque haya quebrantado las prohibiciones de aproximación y no comunicación que como penas accesorias o como deberes u obligaciones de conducta, le impedían aproximarse o comunicar con la víctima. La consecuencia lógica de esta conducta implicará que se produzca la revocación de la suspensión de la pena acordada, se proceda a la ejecución de la misma y se liquide y cumpla la pena correspondiente al nuevo delito cometido sin que quepa su sustitución¹⁴⁸.

2.1.5 Supuestos especiales de suspensión de la ejecución de la pena

En el CP se recogen varios supuestos especiales en los que se permite al Juez o Tribunal otorgar la suspensión de la pena impuesta fuera de los supuestos ordinarios: el de enfermos terminales, el de drogodependientes y el de la suspensión por la tramitación de indulto¹⁴⁹.

¹⁴⁸ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., pág. 307; MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., págs. 65 y ss, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Suspensión, sustitución y ejecución...”, ob. cit., pág. 58 y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución...”, ob. cit., pág. 123, entre otros.

¹⁴⁹ MOLINA BLÁZQUEZ, MIRAT HERNÁNDEZ y ARMENDÁRIZ LEÓN¹⁴⁹ distinguen solamente dos supuestos especiales referidos a: 1) Supuestos en los que el sujeto esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, art. 80.4 del CP, en cuyo caso el Juez podrá acordar la suspensión siempre que el sujeto no tenga suspendida otra pena por el mismo motivo y; 2) Supuestos en los que el sujeto haya delinquido a consecuencia de la adicción sufrida a las sustancias a que se refiere el número 2º del art. 20 del CP en cuyo caso el art. 87 del CP no exige que sea delincuente primario y no aplica los anteriores límites cuantitativos de la pena impuesta, admitiendo a tal efecto la suspensión de penas de prisión de hasta 5 años de duración pero a condición de que se certifique suficientemente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el sujeto se haya rehabilitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión, debiendo resolver el Juez o Tribunal mediante resolución motivada en los casos en los que el condenado sea reincidente en MOLINA BLÁZQUEZ, C; MIRAT HERNÁNDEZ, P y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “El tratamiento penal de la violencia de género”, en: GARCÍA MINA-FREIRE, A. (coord). *Violencia contra las mujeres en pareja. Claves de análisis y de intervención*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010, pág. 143.

2.1.5.1 Enfermos muy graves

Respecto a los enfermos muy graves o con padecimientos incurables, el art. 80.4 del CP permite que les sea suspendida cualquier tipo de pena y, prácticamente, sin someterles a ningún tipo de requisito, señalando que:

“Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo”.

Lo primero que llama la atención respecto a la redacción de este precepto es el amplio margen de discrecionalidad que se otorga a los Jueces y Tribunales para la concesión de este beneficio cuando lo que se permite es la suspensión de cualquier tipo de pena sin sujeción a requisito alguno excepto la propia enfermedad y que no tenga suspendida la pena por el mismo motivo. A MANZANARES SAMANIEGO¹⁵⁰ no solo le sorprende sino que le parece llamativo que sea más fácil obtener la suspensión de la pena por este motivo que la libertad condicional del art. 92 del CP cuando se trate también de penados que presenten una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, ya que para ésta última se exige no sólo que se trate de una persona que cuente con 70 años de edad sino que además, que esté clasificado en el tercer grado penitenciario, que observe buena conducta y que cuente con un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, puesto que, según él mismo, continúa exigiéndose la concurrencia de las circunstancias a) y c) del art. 90.1 del CP, salvo cuando se trate del supuesto previsto en el art. 92.3 del CP (peligro patente para la vida del interno a causa de su enfermedad o de su avanzada edad) en cuyo caso se relajan los requisitos.

Respecto a qué tipo de enfermedad es la que permite la suspensión de la pena, MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ¹⁵¹ critican la expresión empleada por el legislador al entender que no es un ejemplo de claridad y que al tratarse de un término tan amplio se otorga a los jueces y tribunales mucho margen interpretativo, con la

¹⁵⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Suspensión, sustitución y ejecución...”, ob. cit., pág. 25, en palabras del mismo “...podrá disfrutarse más fácilmente de una suspensión “*ab initio*” de la ejecución de una pena de treinta años de prisión que de la libertad condicional una vez comenzado su cumplimiento.

¹⁵¹ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., págs. 90 y 93.

inseguridad que ello conlleva. A ambos les hubiera parecido mejor el empleo de la fórmula “enfermedad incurable con padecimientos muy graves”. Para estos autores no es imprescindible que exista un peligro de muerte inminente e inmediato (aunque tampoco bastaría con cualquier dolencia irreversible) y no podrá cuestionarse la gravedad de la enfermedad si la privación de libertad incide desfavorablemente en la evolución de la enfermedad. Además, según los mismos, debe de tratarse de una enfermedad incurable que le ocasione una disminución importante de las facultades físicas (o psíquicas) y; por consiguiente, de su peligrosidad criminal. Con esto último no puedo mostrar mi conformidad al entender que las manifestaciones de una actividad criminal van más allá que la perpetración física del delito.

La Consulta n° 4/1990, de 5 de noviembre¹⁵² de la Fiscalía General del Estado reconoce, con ocasión del art. 60 del anterior Reglamento Penitenciario, que no cualquier enfermedad va a permitir la obtención de la libertad condicional sino sólo aquellas que han entrado en su última fase (o período), y sin que quepa además la posibilidad de volver del estado a que se llega a otro anterior más benigno. Quizás para evitar interpretaciones hubiese sido más adecuada que la Consulta empleara la expresión “enfermedad que conducirá necesariamente a la muerte de la persona” u otras similares que evidencien la situación de desenlace final que se espera de la misma, que es a lo que parece referirse aunque en mi opinión, el art. 80.4 del CP amplía más el abanico de enfermedades que permitirían la obtención de dicho beneficio pues existen abundantes ejemplos de enfermedades incurables con graves padecimientos que no provocan un desenlace fatal a corto tiempo.

El TC mantiene una posición distinta a la recogida por la Consulta anterior en su STC n° 48/1996, de 25 de marzo¹⁵³ dictada al respecto de la libertad condicional por este motivo, concluye que: “...la puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida e integridad física, su salud en suma puede suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al

¹⁵² En su pág. 641.

¹⁵³ Ponente Mendizábal Allende, EDJ 1996/2055, fundamento de derecho 2º y STC n° 25/2000, de 31 de enero, ponente García Manzano, EDJ 2000/404, entre otras.

tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los aquí libertos por su misma capacidad disminuida...". Por consiguiente, para el TC no se exige que la enfermedad que afecte al penado deba ser de tal magnitud que conduzca al mismo a la muerte de forma inmediata o inminente aunque tampoco cualquier dolencia irreversible será suficiente.

En mi opinión, la postura recogida por el TC parece bastante adecuada sobre todo si partimos de que un penado que esté aquejado de una enfermedad de estas características difícilmente podrá cumplir la pena de acuerdo a los fines de reeducación y reinserción social que prevé el art. 25 de la CE, o al menos, en la misma medida.

El CP contempla en el art. 60 del CP¹⁵⁴ otro supuesto de suspensión de la pena por motivos de enfermedad, esta vez mental, cuando el penado sufra un trastorno mental grave sobrevenido que le impida conocer el sentido de la pena aunque las consecuencias son distintas y, según mi opinión, tiene una naturaleza diferente del supuesto de suspensión del art. 80.4 del CP, puesto que si en este último caso y, según el propio TC, debe existir un equilibrio entre *“el derecho a la vida unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en sí todos los demás y el de la gente a su seguridad, mediante la segregación temporal en cumplimiento de las penas privativas de libertad, con su doble función retributiva y profiláctica o preventiva...”*¹⁵⁵, en los supuestos del art. 60 del CP la finalidad es bien distinta, pues lo que se pretende es que el penado pueda tener plena consciencia del sentido de la pena que debe cumplir.

¹⁵⁴ En el mismo se recoge que: *“1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias. El Juez de Vigilancia Penitenciaria comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código. 2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente”.*

¹⁵⁵ STC n° 48/1996, de 25 de marzo, ponente Mendizábal Allende, fundamento de derecho 2°, EDJ 1996/2055.

GALDEANO SANTAMARÍA¹⁵⁶ entiende que en los supuestos de violencia de género donde los agresores padecen demencias seniles o alzhéimer avanzado, que les hace ser agresivos en determinados momentos¹⁵⁷ deberían acabar en sobreseimiento, libre o provisional, como recomienda la Consulta a la Fiscalía General del Estado nº 1/89, al amparo del art. 383 de la LECrim¹⁵⁸, sin perjuicio de que el médico forense pueda emitir un informe sobre el estado mental y un juicio sobre la peligrosidad criminal del mismo, lo que exigirá que si el asunto se ha iniciado durante el servicio de guardia se transforme el procedimiento de diligencias urgentes en diligencias previas para la práctica de dichas actuaciones, por lo que será necesaria una instrucción aunque sea breve y sin perjuicio de que proceda acordar el internamiento involuntario del agresor en ese momento. El problema surge, según señala la citada autora, porque no se pueden imponer medidas de seguridad sin celebrar juicio oral y en virtud de sentencia, por lo que si el imputado está incapacitado para declarar o comprender la ilicitud del hecho cometido y el juicio seguido contra él, si nos encontramos aún en la fase de instrucción y no se ha formulado escrito de acusación, será necesario solicitar o el sobreseimiento libre al amparo del art. 637.3 de la LECrim, por imposibilidad definitiva de declarar, o el provisional, como recomienda la Consulta de la Fiscalía General del Estado nº 1/89 y además, en ambos casos, poner los hechos en conocimiento de los servicios sociales y deducir testimonio a la Fiscalía de Incapacidades, por si procediere declarar la incapacidad del agresor y nombrarle un tutor. Si el procedimiento se encuentra ya en fase intermedia, se seguirán las prescripciones del art. 383 de la LECrim.

El problema, en mi opinión, redundará aún más en perjuicio de la víctima que se siente culpable por la situación que está viviendo y quita importancia a la agresión sufrida pues entiende que su marido o pareja en ningún momento ha pretendido hacerle daño y que todo ha sido producto de la enfermedad que presenta. Además, si no se adoptan medidas de tipo social se estará colocando a la mujer en una situación de riesgo

¹⁵⁶ GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., “El maltratador de violencia de género inimputable *versus* esposa-cuidadora víctima de violencia de género”, *La Ley*, año XXXIII, nº 7967, 2012.

¹⁵⁷ Muy habitualmente hacia la esposa o pareja cuidadora del mismo.

¹⁵⁸ Dicho artículo prevé que: “Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia. Si hubiere algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el caso anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo”.

pues cuando víctima-cuidadora y agresor vuelvan a la casa la probabilidad de que se produzcan nuevas agresiones es muy elevada.

Muy interesante me parecen los estudios puestos de manifiesto por MONTERO GÓMEZ¹⁵⁹ que relacionan algunas enfermedades mentales y su repercusión o presencia en los agresores de género. Sobre la depresión y la ansiedad concluye que las mismas no provocan focalizar la agresividad hacia la mujer en particular, aunque los estudios analizados por el mismo muestran una incidencia de estas enfermedades por encima de la media poblacional.

Sobre el trastorno de control de los impulsos señala, el autor citado, que con carácter general se le podría atribuir una forma de alteración de la capacidad de entender la realidad y de actuar conforme ese entendimiento que influiría parcialmente en la facultad volitiva del agresor aunque sería necesario concretar en qué medida y forma su enfermedad afecta a la construcción de la realidad o al control de su conducta. A pesar de lo anterior sus estudios concluyen en que, en los delitos relacionados con la violencia de género, la tasa de presencia de desórdenes que comprometen las facultades volitivas y cognoscitivas son equivalentes a la población en general aunque sí existe controversia sobre los trastornos de control de los impulsos y la relación que pudieran tener con la conducta de los agresores de mujeres pues la mayoría de los estudios analizados por dicho autor, muestran indicadores de falta de control de impulsos en, al menos, la mitad de los sujetos observados en los que el descontrol no es más que una activación de algoritmos de conducta autosirvientes al modelo mental del sujeto, a su construcción de la realidad en su relación de dominación con una mujer.

Por último, MONTERO GÓMEZ analiza los trastornos de la personalidad y su incidencia en los delitos relacionados con la violencia de género concluyendo que en un 80% de los agresores de mujeres estudiados no estaba presente ningún tipo de desviación de la personalidad aunque en el 20% restante los rasgos más detectados fueron los del trastorno antisocial de la personalidad.

¹⁵⁹ MONTERO GÓMEZ, A., “Peligrosidad y daño en la...”, ob. cit., págs. 269 y ss.

2.1.5.2 Drogodependientes

El art. 87 del CP se recoge que:

“1¹⁶⁰. Aun cuando no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores.

2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

3. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.

4¹⁶¹. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al juez o tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.

5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabituación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.

¹⁶⁰ El número 1 del artículo 87 fue redactado por el apartado trigésimo tercero del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre). Su entrada en vigor comenzó el 1 octubre 2004.

¹⁶¹ El número 4 del artículo 87 fue redactado por el apartado trigésimo tercero del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre). Su entrada en vigor se produjo el 1 octubre 2004.

Como señala la STS nº 409/2002, de 7 de marzo¹⁶² la suspensión de la ejecución de la pena por motivos de su dependencia a las sustancias a las que se refiere el número 2 del art. 20 del CP supone buscar una alternativa a la pena privativa de libertad al tiempo que se da una respuesta penal al hecho delictivo y se persigue la rehabilitación del penado.

Este motivo de suspensión implica una relajación de los requisitos del art. 81 del CP pues a pesar de que no concurren las condiciones 1 y 2 de este artículo se podrá conceder aunque se trate de un reo que hubiera delinquido con anterioridad o incluso sea reincidente, si bien no opera automáticamente pues en ningún caso, supone un derecho su concesión.

En virtud del art. 87 del CP podrán obtener la suspensión los penados a penas privativas de libertad no superiores a cinco años de duración¹⁶³ que hubieren delinquido por su dependencia a las sustancias recogidas en el número 2º del art. 20 del CP que hubiere hecho frente a las responsabilidades civiles, o se declare la imposibilidad de su pago, puesto que el número 3º del art. 81 del CP no se excluye de cumplimiento, cuando quede acreditado, mediante certificación suficiente, que se haya deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, tratamiento que no deberá abandonar hasta su finalización.

MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ¹⁶⁴ defienden que incluso en los casos en los que el condenado tuviera suspendida otra pena por el mismo motivo podrá obtener nuevamente otra suspensión, al entender que si el CP hubiera querido excluir dicha posibilidad lo hubiera hecho como, por ejemplo, realiza en el art. 80.4 del CP, e incluso

¹⁶² Ponente Martínez Arrieta, EDJ 2002/7554, en su fundamento de derecho único se señala que: “...es preciso, en estas penas de duración media impuestas a personas afectadas de graves problemas de adicción y marginación, buscar unas consecuencias jurídicas necesarias para la reintegración social que, al tiempo, supongan la retribución correspondiente al delito. La posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena y la adopción de medidas que incidan sobre la drogadicción, presupuesto de sus continuas conductas delictivas, que se adopten conforme al art. 87 del Código penal, integran una alternativa a la pena privativa de libertad capaz de suponer, al tiempo, una respuesta al hecho delictivo, siempre necesaria para afirmar la vigencia de la norma, y una consecuencia que posibilita la reinserción que interesa, indudablemente, al autor del hecho delictivo condicionado por su drogadicción, y también a la sociedad que puede recuperar uno de sus miembros evitando la continuidad en el delito...”.

¹⁶³ Como bien indica ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución...”, ob. cit., pág. 126, elevando a 5 años las penas de prisión que se podían suspender con este motivo se pretendía incluir las penas de los delitos que normalmente cometían aquellos que delinquían a consecuencia de su dependencia a las drogas, al alcohol o a las sustancias psicotrópicas.

¹⁶⁴ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., págs. 75 y ss.

entienden que la misma resultaría posible aun cuando la adicción no fuera grave y no hubiere sido apreciada la atenuante del art. 21.2 del CP permitiendo en el caso de que en el juicio oral no se hubiere planteado dicha circunstancia efectuarla antes de decidir sobre la suspensión de la pena¹⁶⁵.

Por otra parte resulta necesario resaltar que no será suficiente con ser consumidor de las sustancias referidas en el art. 87 del CP para obtener dicho beneficio sino que será necesario que el estado criminológico producido por el consumo arraigado de tales sustancias tenga repercusión en la comisión del hecho delictivo¹⁶⁶.

Con ocasión de este motivo de suspensión MIRAT HERNÁNDEZ y ARMENDÁRIZ LEÓN¹⁶⁷ entienden que no existe una relación causal entre la dependencia por el consumo de drogas y la comisión de un delito relacionado con la violencia de género por lo que rechazan la concesión de este beneficio en estos supuestos teniendo en cuenta que en este tipo de delitos el consumo de alcohol es frecuente en su comisión.

Coincido plenamente con la anterior toma de postura, pues en muchas ocasiones observamos que, en la comisión de un delito relacionado con la violencia de género, el alcohol está presente sin que ello suponga que dicha circunstancia deba implicar ningún beneficio para el autor que voluntariamente bebe a pesar de tener pleno conocimiento de los efectos que el mismo le produce o que por tratarse de un bebedor habitual sabe que bajo ese estado es proclive a tener comportamientos violentos hacia los miembros de su familia¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Apoyándose en la STS nº 510/2000, de 28 de marzo de 2000, ponente Delgado García, EDJ 2000/3491. A idéntica conclusión llega PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs. 189 y la Consulta nº 4/1999, de la Fiscalía General del Estado al señalar que: “*La prueba de la comisión del delito a causa de la adicción del penado a las sustancias del art. 20, a fin de aplicar la modalidad de suspensión a que se refiere el art. 87, puede establecerse en el trámite de audiencia de las partes que, en fase de ejecución, contempla el art. 87, exclusivamente en aquellos supuestos en los que la cuestión no haya sido debatida en el acto del juicio oral y resuelta en sentencia...*”..

¹⁶⁶ STS nº 809/2002, de 30 de abril, ponente Soriano Soriano, EDJ 2002/13168.

¹⁶⁷ MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *Violencia de género vs violencia doméstica: Consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Grupo Difusión, Madrid, 2006, pág. 68.

¹⁶⁸ Al tratarse de una *actio libera in causa*, sea dolosa o imprudente. A tal efecto resulta bastante ilustrativo el artículo de NIETO GARCÍA, A. J., “Consumo de alcohol y drogas y *actio libera in causa*”, La Ley, año XXXIII, nº 7967, 2012, págs. 8 y 9.

En idéntico sentido HIGUERA GUIMERÁ¹⁶⁹ aunque entiende que en el caso de que el agresor hubiera actuado bajo el síndrome de abstinencia dicha circunstancia quedaría fuera de la salvedad de la *actio libera in causa* y podría invocar la aplicación de la eximente del art. 20.2 del CP siempre que hubiera quedado excluida su capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de obrar conforme a ese conocimiento pues no aplicar la misma supondría un caso de analogía *in malam parte*.

Para MONTERO GÓMEZ¹⁷⁰ la mayoría de los agresores de mujeres parecen utilizar el alcohol como elemento facilitador de la violencia¹⁷¹ pues tras la ingesta del mismo se refuerza su potencial ansiolítico y su capacidad de hacer sentir bien en situaciones de tensión y estrés. Además señala que un consumo importante de drogas incrementa la probabilidad de que la mujer se vea sometida a agresiones por parte de su pareja masculina representando ambos supuestos factores de riesgo que deberían incluirse en las valoraciones de peligrosidad¹⁷².

También se rechaza la suspensión de la pena por este motivo en los delitos contra la seguridad del tráfico en penados con dependencia al alcohol, según MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ¹⁷³, al formar parte del tipo penal la ingesta de alcohol.

¹⁶⁹ HIGUERA GUIMERÁ, J-F., “Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género”, en *La reforma penal en torno a la violencia de género*, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), Atelier, Barcelona, 2009, págs. 235 y 236.

¹⁷⁰ MONTERO GÓMEZ, A., “Peligrosidad y daño en la...”, ob. cit., págs. 278 y ss.

¹⁷¹ El citado autor señala que el consumo de alcohol como sustancia psicoactiva produce dos consecuencias: la primera en el control de la función del córtex frontal y la segunda es un efecto ansiolítico y reductor del distress. Respecto a la primera el alcance del tóxico sobre el lóbulo frontal está bien documentado y la mayoría de los estudios analizados por el mismo evidencian una disminución de la actividad frontal una de cuyas funciones es la de mantener “esquemmatizada” la conducta de manera que responda a un orden y otra la de alojar la codificación moral del comportamiento. Así en virtud de lo anterior, observa cómo el discurso de los agresores sistemáticos en evaluaciones psicológicas releva que, en la mayoría de los casos, se produce un recodificación moral para explicar la agresión causada manifestando los mismos que “no han hecho nada malo” al maltratar a la mujer sino que han puesto los medios a su alcance para contener y corregir la conducta de la mujer que no consideran apropiada o que tuvieron que acudir a la violencia porque “la mujer se les iba de las manos”.

¹⁷² Junto con otros factores señalados por dicho autor como: haber cometido dos o más actos de violencia en el último año; el que la víctima necesite atención médica, existencia de denuncias en los últimos meses; amenazas de muerte, realización de actos sexuales forzados y una variable relacionada con la víctima: amenazas de suicidio en MONTERO GÓMEZ, A., “Peligrosidad y daño en la...”, ob. cit., pág. 291.

¹⁷³ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...”, ob. cit., pág. 80.

Si del art. 87 del CP queda patente la inteligibilidad de los requisitos generales para la suspensión previstos en el art. 81.1 y 2 del CP y que es necesario que el condenado haya delinquido a causa de su dependencia a las sustancias del art. 20.2 del CP, hay que preguntarse a continuación cómo se acredita la deshabituación o el sometimiento a un tratamiento para tal fin. El art. 87.1 del CP señala que es necesario que tal extremo quede certificado de forma suficiente por un centro o servicio público o privado que se encuentre homologado o acreditado, lo que deberá hacerse en el momento en que el Juez o Tribunal deban tomar la decisión sobre la suspensión aunque será posible su certificación durante la tramitación de los recursos o mediante el compromiso del acusado prestado en el acto del juicio rápido al mostrar su conformidad con los escritos de acusación presentados en los términos de los arts. 800 y 801 de la LECrim¹⁷⁴

Las condiciones para acordar la suspensión de la ejecución de la pena por este motivo son dos: Que el reo no delinca durante un plazo de tiempo de 3 a 5 años y que no abandone el tratamiento de deshabituación hasta su finalización. Aunque el art. 87 del CP no precise nada, ARMENDÁRIZ LEÓN¹⁷⁵ entiende que la duración concreta del plazo se podrá hacer depender de las circunstancias personales del delincuente, de las características del hecho y de la duración de la pena. El control en el seguimiento del tratamiento le corresponde al centro o a los servicios responsables del mismo quienes dirigirán al Juez o Tribunal los informes que recaben sobre la evolución y las modificaciones que hubiera experimentado, según lo dispuesto en el art. 87.4 del CP.

Una vez transcurrido el plazo de suspensión y deshabituado el delincuente sin que hubiera vuelto a delinquir se procederá a la remisión de la pena. En caso contrario, se revocará la suspensión y se ordenará su cumplimiento.

2.1.5.3 La suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de indulto

El art. 4.4 del CP recoge otro supuesto de suspensión de la ejecución de la pena, esta vez referido a la conveniencia de conceder este beneficio cuando se pueda vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o cuando la finalidad del indulto pueda

¹⁷⁴ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., "La suspensión de la...", ob. cit., pág. 80.

¹⁷⁵ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., "Alternativas a la ejecución...", ob. cit., pág. 128.

resultar ilusoria a consecuencia del tiempo transcurrido durante la tramitación del mismo.

Dicho artículo prevé que:

“Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva la petición formulada.

También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria”.

El art. 62 i) de la CE confiere al Rey la facultad de conceder indultos particulares con sujeción a las leyes, no permitiendo la autorización de indultos generales.

Respecto al carácter suspensivo o no de la ejecución de la pena por la petición de indulto, el art. 32 de la Ley de 18 de junio de 1870 resuelve que *“la solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, salvo el caso en que la pena impuesta fuere la de muerte, la cual no se ejecutará hasta que el Gobierno haya acusado el recibo de la solicitud o propuesta al Tribunal sentenciador”.*

A pesar del contenido del artículo 32 mencionado, se planteaba la posibilidad de que la utilidad del indulto quedara vacía de contenido si una vez tramitado el mismo y concedido, el condenado hubiere cumplido ya la pena impuesta. Para solventar dicho inconveniente, la Instrucción nº 5/1992, de 19 de junio sobre la interpretación del art. 2.2 de la Ley de 18 de junio de 1870 y, muy especialmente, la Consulta nº 1/1994, de 19 de julio, de la Fiscalía General del Estado sobre la posibilidad de suspensión del inicio de la ejecución de condenas penales ante una solicitud de indulto, concluían que en atención al fin humanitario del sistema punitivo del Estado se debía evitar el ingreso en prisión, si ello era posible, de las personas rehabilitadas no exigiéndose tampoco el ingreso en prisión para la tramitación del expediente de indulto. La Consulta nº 1/1994, de 19 de julio, otorgaba una interpretación del art. 32 de la citada ley compatible con la posibilidad de que se pudiera acordar la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación del indulto entendiendo que dicho artículo se limitaba a prescribir que ni la solicitud ni la propuesta de indulto, por sí solas y de manera automática, llevaba

aparejada la suspensión de la ejecución de la condena pero sin deducir, en ningún caso, que nunca fuera posible dicha suspensión, si ésta podía venir amparada por otro precepto legal¹⁷⁶. En dicha Consulta se resolvía a favor de la posibilidad de la inejecución provisional de las condenas penales en virtud de la tramitación de un indulto en atención a una interpretación teleológica (inspirada en el art. 25.2 de la CE) y sistemática, derivada de la congruencia de todo el ordenamiento jurídico¹⁷⁷.

Como bien indican MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ¹⁷⁸, el art. 4.4 del CP vino a dar cobertura legal a esta práctica judicial permitiendo que la persona condenada no ingresara en la cárcel, al quedar en suspenso la ejecución de la pena durante el período de tiempo en el que se tramitaba el indulto.

PUENTE SEGURA¹⁷⁹, que considera obvio que el art. 32 de la Ley de 18 de junio de 1870 ha quedado derogado por el art. 4.4 del CP, admite la posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena, ya se formule a propuesta del órgano jurisdiccional, como del condenado o su representación, aunque no comparte la posición sentada por la Audiencia Provincial de Madrid, en su acuerdo no jurisdiccional de 29 de mayo de 2004, en la que sólo cabría acordar la suspensión si el Juez o Tribunal informaran favorablemente a aquel.

En todo caso, entiendo que la resolución por la que se acuerde o no la suspensión de la ejecución de la pena por la tramitación del indulto deberá estar motivada y razonada por el órgano judicial encargado de la ejecución de la pena impuesta, frente a cuya resolución cabrá recurso de reforma ante el mismo órgano judicial que denegó la suspensión y recurso de apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente. Si la decisión sobre la suspensión fuera tomada por una Audiencia Provincial, cabrá recurso de súplica¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/1994, de 19 de julio, apartado III.

¹⁷⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/1994, de 19 de julio, apartado V.

¹⁷⁸ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 111.

¹⁷⁹ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., pág. 258.

¹⁸⁰ En idéntico sentido se pronuncian MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 117.

Por último en los delitos relacionados con la violencia de género, y a pesar de que el art. 15.2 de la Ley de 18 de junio de 1870 contempla sólo la audiencia de la parte ofendida en los delitos perseguidos a instancia de parte, entiendo necesario que se oiga a la víctima no sólo para ser congruente con lo dispuesto en el art. 80.2 del CP, sino también para averiguar si la procedencia del indulto puede perjudicarla a ella o a los hijos en común, en los términos del art. 15.2 de la Ley de 18 de junio de 1870. Por los mismos motivos defiendo que en ningún caso se debería proceder a indultar las penas de prohibición de aproximación y no comunicación impuestas con carácter accesorio en la sentencia condenatoria.

2.2 Sustitución de la pena

La sustitución de la pena es una posibilidad que prevé el CP para evitar que el condenado a penas privativas de libertad de corta duración entre en prisión eludiendo así los efectos criminógenos de la misma ofreciendo una alternativa a la pena de prisión cuando el cumplimiento de la misma no sea necesario desde el punto de vista preventivo¹⁸¹.

La suspensión y la sustitución tienen en común que el condenado a penas cortas privativas de libertad va a evitar el ingreso en prisión aunque presentan diferencias, no sólo en cuanto a los requisitos que se exigen para optar a una u otra sino también respecto al momento en el que se pueden solicitar y acordar las mismas pues mientras que la sustitución de la pena, como ya veremos, puede ser acordada en la misma sentencia, o bien posteriormente en auto motivado antes de dar inicio a su ejecución, la suspensión sólo puede acordarse una vez declarada la firmeza de la sentencia; por lo que parece que el legislador ha querido dar prioridad a la primera¹⁸² aunque ello no impide que el interesado pueda intentar alternativamente ambas para evitar cumplir la pena privativa de libertad si reúne los requisitos legales para ello, dependiendo de él mismo la preferencia en la elección.

¹⁸¹ CARDENAL MONTRAVETA, S., “Comentario a los arts. 80 a 108 del CP” en CORDOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., (coords.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 225 y 226.

¹⁸² PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs. 277 y ss.

El instituto de la sustitución de las penas se halla recogido en la Sección 2ª del Capítulo III, del Título III del CP bajo el epígrafe “De la sustitución de las penas privativas de libertad” comprendiendo los arts. 88 y 89 del CP.

MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ¹⁸³ contemplan dos supuestos de sustitución: 1) la sustitución legal u obligatoria, por imponerlo la ley (art. 71.2 del CP) para los casos en los que la pena privativa de libertad impuesta sea inferior a tres meses y 2) la sustitución potestativa o facultativa para el Juez o Tribunal bajo determinados requisitos, cuando la pena de prisión impuesta no sea superior a dos años. Además de las dos modalidades anteriores distinguen un supuesto distinto referido a la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional cuando se trate de un extranjero no residente legal en España. Vamos a analizar todas ellas.

2.2.1 Sustitución legal u obligatoria

La misma se encuentra prevista en el art. 71.2 del CP que determina que:

“No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda”.

La imposición de una pena privativa de libertad inferior a tres meses es posible en atención a que el art. 33.3.a del CP indica que son penas menos graves la de prisión de 3 meses hasta 5 años y a que el art. 36 del CP contempla que la duración de la misma abarca desde los tres meses a los veinte años, con las salvedades previstas en el propio CP, pudiendo imponerse dicha pena ya al cometer algún acto delictivo que contenga dicha pena mínima¹⁸⁴ o bien cuando quede reducida por haber cometido un delito en grado de tentativa¹⁸⁵, o en concepto de cómplice¹⁸⁶, ya de un delito consumado o en

¹⁸³ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 118.

¹⁸⁴ Por ejemplo, los art. 226 o 227 del CP, que pese a la gravedad de dichas conductas contemplan esa pena tan leve.

¹⁸⁵ De conformidad con lo dispuesto en el art. 62 del CP que prevé que: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”.

¹⁸⁶ Por lo previsto en el art. 63 del CP que recoge que: “A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito”.

grado de tentativa, o cuando entre en juego una o varias atenuantes¹⁸⁷, en atención al número y entidad de las mismas, o incluso en el caso de que concurran con una o varias agravantes y deban ser compensadas¹⁸⁸ o cuando el Juez o Tribunal, razonándolo suficientemente, reduzca la pena en los términos del art. 71.1 del CP¹⁸⁹.

No obstante la literalidad del art. 71.2 del CP, se discute entre la doctrina la posibilidad de la sustitución obligatoria en otros supuestos distintos, por ejemplo, PUENTE SEGURA¹⁹⁰ defiende la posibilidad de la sustitución obligatoria en los casos en los que la pena inferior a tres meses de prisión se logre en el marco de los juicios rápidos, cuando el acusado hubiere prestado su conformidad con la pena solicitada, sobre la base de la reducción de un tercio del art. 801 de la LECrim señalando que el propósito del legislador ha sido cerrar el paso a la ejecución efectiva de las penas extremadamente cortas de prisión, con independencia de la causa concreta de su imposición.

A esta misma solución llegan MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ¹⁹¹ y es el criterio se sigue también en la Circular nº 2/2004, de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado¹⁹², que acoge una aplicación analógica para este supuesto del art.

¹⁸⁷ Al ser aplicado el art. 66.1.1ª o 2ª del CP, donde se indica que: “En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito. 2ª Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias

¹⁸⁸ Dicha posibilidad se contempla en el art. 66.1.7ª del CP al especificar el mismo que: “Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior”.

¹⁸⁹ Que recoge: “ En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces y tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas por la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta”.

¹⁹⁰ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., págs. 292 y 293.

¹⁹¹ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., págs. 120 y 121.

¹⁹² Circular nº 2/2004, de 22 de diciembre sobre la aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte), pág. 5. En la misma se dispone que “...Aunque esta reducción por conformidad no es técnicamente subsumible en el art. 71.2 del CP procederá su aplicación analógica y, consecuentemente, la sustitución obligatoria de la pena resultante conforme a las disposiciones del art. 88 del CP. Una interpretación teleológica del art. 71.2 del CP impone esta

71.2 del CP aunque permite la subsistencia de penas privativas de libertad inferiores a los tres meses en los supuestos en los que el condenado incumpla la pena impuesta en sustitución o cuando se imponga una responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa de menos de tres meses, del art. 53.2 in fine del CP, si el mismo no acepta realizar trabajos en beneficio de la comunidad.

En una posición contraria encontramos a GARCÍA SAN MARTÍN¹⁹³ para quien la taxatividad del art. 71.2 del CP sólo permite la sustitución obligatoria de la pena en los casos en los que la pena de prisión inferior a tres meses resulte por aplicación de las reglas previstas en los arts. 61 a 71 del CP siendo congruente con la imposibilidad de apreciar la misma en los casos de responsabilidad personal subsidiaria de duración inferior a tres meses.

En mi opinión la posibilidad de sustituir la pena de prisión inferior a tres meses impuesta en los supuestos de conformidad del art. 801 de la LECrim es admisible si aplicamos analógicamente el art. 71.2 del CP, analogía in bonam parte, por los mismos argumentos esgrimidos por quienes defienden esta opción y con la misma salvedad que prevé el citado artículo, respecto a la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en los que proceda. En cuanto a la posibilidad de sustituir la pena en los casos de la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del CP, no entiendo que sea posible al contemplar detalladamente este precepto, a pesar de sus defectos de redacción, la forma en la que debe cumplirse la misma, de modo que de haber querido el legislador esta posibilidad la hubiera contemplado, como así sucede con la posibilidad de cumplir esa responsabilidad personal subsidiaria mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

Sobre esta modalidad se ha planteado por la doctrina algunas cuestiones. Una de ellas es si procede primero acordar la suspensión de la pena privativa de libertad inferior a tres meses y, para el caso de que la misma sea revocada, proceder luego a la sustitución de la pena o si, por el contrario, debe entenderse que lo primero que cabe acordar es la sustitución de la pena y, para el caso de incumplimiento de la pena sustituida, deberá decidirse después sobre su suspensión. De la redacción del precepto no queda del todo claro pues aunque utiliza la expresión “será sustituida en todo caso”

consecuencia, al inspirarse el Código en el principio general de supresión de la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a tres meses...”

¹⁹³ GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La suspensión de la...*, ob. cit., págs. 143 y 144.

crea confusión cuando añade “sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda” dando a entender que cabe acudir tanto a una como a otra cuando se den los requisitos para ello.

MAGRO SERVET, SOLAZ SOLAZ¹⁹⁴ y CERES MONTES¹⁹⁵ defienden que primero debe acordarse la sustitución legal de la pena de prisión por la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en el caso de resultar revocada, procedería pronunciarse por la suspensión de la ejecución de la pena.

GARCÍA SAN MARTÍN¹⁹⁶ ofrece una visión distinta y descarta la acumulación simultánea de ambas instituciones y la preferencia de la sustitución de la pena sobre la suspensión pues interpreta el último inciso del art. 71.2 del CP en el sentido de proceder a la aplicación de la sustitución de la pena en el supuesto de no concurrir los presupuestos para la concesión de la suspensión de la ejecución.

En idéntico sentido, PUENTE SEGURA¹⁹⁷ quien defiende que el órgano jurisdiccional debe analizar en primer lugar si procede acordar la suspensión de la pena impuesta (pena de prisión inferior a tres meses) y para el caso de que no se estime procedente, sustituir la misma conforme a lo dispuesto en el art. 88 del CP y para el caso de que acordada la suspensión deba revocarse lo procedente sería acordar la sustitución de la pena y ejecutarla. Según este autor es el único entendimiento posible que cabe pues no le parece que tenga sentido sustituir siempre la pena a prevención; suspender, a continuación la ejecución de la misma (de la sustituida y de la sustitutiva) y, para el caso de que la suspensión de la ejecución deba revocarse, proceder al cumplimiento de la pena sustitutiva.

En idéntica línea ARMENDÁRIZ LEÓN¹⁹⁸ quien entiende que la condena a pena de prisión inferior a tres meses, obliga al juez a suspenderla cuando se dan los requisitos para ello y, si no se dieran, tendrá la obligación de sustituirla conforme a las reglas del art. 88.1 del CP.

¹⁹⁴ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 120.

¹⁹⁵ CERES MONTES, J.F., “Las reformas penales en...”, ob. cit., págs. 283 a 352.

¹⁹⁶ GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La suspensión de la...*, ob. cit., pág. 143.

¹⁹⁷ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., pág. 289.

¹⁹⁸ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución...”, ob. cit., pág. 129.

En mi opinión, la redacción del art. 71.2 del CP resulta bastante confusa pero entiendo que en el caso de cumplirse los requisitos para la suspensión habrá que acudir primero a esta institución si el penado así lo solicita, pues debe interesarlo éste, y en el caso de no hacerlo o no darse los mismos, la pena le será sustituida, por imperativo de este precepto. Por lo demás, considero que para la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses no se debe exigir ningún requisito adicional, pues del tenor de este precepto “en todo caso” así se desprende, debiendo acordarse aunque el penado sea un delincuente habitual o no haya atendido a la responsabilidad civil derivada del delito.

2.2.2 Sustitución facultativa

Está prevista en el art. 88 del CP que establece que:

“1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida. Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa. En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código¹⁹⁹.

¹⁹⁹ El contenido de este apartado fue modificado tanto por la LO 1/2004, de 28 de diciembre como por la LO 5/2010, de 22 de junio.

2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.

3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras”²⁰⁰.

Del contenido de este precepto podemos observar tres tipos de sustitución: una ordinaria, referida a penas de prisión no superiores a un año, con mención especial a las que no superen los seis meses; otra extraordinaria o excepcional, que permite la sustitución de penas de prisión superiores a un año pero no superiores a dos y, por último, una sustitución especial para delitos de violencia de género, en la que se limita la forma de sustitución de la pena privativa de libertad.

Este precepto, además de reflejar distintos tipos de sustitución recoge una serie de requisitos comunes a las tres formas de sustitución, que podemos distinguir entre requisitos objetivos, requisitos subjetivos y de forma.

2.2.2.1 Elementos objetivos

De la redacción del art. 88 del CP podemos advertir tres elementos objetivos: 1) La pena que se puede sustituir es solamente la de prisión; 2) dicha pena de prisión no puede exceder de los dos años y; 3) nunca se podrá sustituir una pena que sea sustitutiva de otra.

Los dos primeros elementos se refieren al tipo de pena que es susceptible de ser sustituida, la de prisión y a la duración de la misma, hasta dos años. Aquí no se admite, a diferencia de lo que sucedía con la figura de la suspensión, la posibilidad de sustituir todas las penas privativas de libertad contenidas en el art. 35 del CP, por lo que quedaría fuera de tal beneficio, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa por imperativo del propio precepto, que utiliza la expresión: “Los jueces y tribunales podrán sustituir...las penas de prisión...”. Y ello a pesar de que la rúbrica que se emplea en la Sección 2ª del Capítulo III sea “De la sustitución de las penas privativas de libertad”.

²⁰⁰ Artículo redactado, con las salvedades ya indicadas en la nota anterior, de conformidad con la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

No obstante, PUENTE SEGURA²⁰¹ evidencia que la responsabilidad subsidiaria por impago de multa conlleva en sí misma un sistema propio de sustitución, pues la pena de multa inicialmente impuesta, en caso de incumplimiento, se transforma en prisión, en localización permanente o en trabajos en beneficio de la comunidad, que choca con el tenor del art. 88 del CP. Así en el art. 53.1 del CP se preceptúa que:

“Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el art. 37.1 de este Código. También podrá el Juez o Tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo”.

En mi opinión más que un régimen especial de sustitución es una alternativa legal al incumplimiento voluntario de la pena de multa impuesta y que implica, al contrario de los supuestos que estamos analizando, que el condenado pueda verse privado de libertad, que es lo que se trata de evitar con la institución de la sustitución.

Este autor²⁰² critica la existencia de dos supuestos de sustitución porque de la redacción empleada por el art. 88.1 del CP no resulta claro en qué casos debería ser denegada la excepcional, por lo que defiende que sería más conveniente la unificación de ambas modalidades y el establecimiento de un límite temporal único de las penas sustituibles en dos años. Además, no comparte con el legislador que para sustituir una pena de hasta dos años de prisión se infiera como requisito necesario que el cumplimiento de la misma habría de frustrar los fines de prevención y reinserción social pues difícilmente se pueden apreciar esas circunstancias sin tener en cuenta las *“circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado”* que son las que se emplean en el régimen ordinario de sustitución.

²⁰¹ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., pág. 294

²⁰² PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., pág. 295.

En resumen, según PUENTE SEGURA²⁰³, dependiendo de la duración de la pena de prisión impuesta, se podrían distinguir cuatro tramos respecto al régimen de sustitución de la pena: 1º) en penas de prisión de hasta tres meses, la sustitución sería obligatoria, 2º) en penas de entre tres meses y un año, la sustitución sería la regla general, 3º) compuesto por penas de prisión superiores a un año e inferiores a dos, en el que la sustitución sería excepcional, y 4º) penas superiores a dos años, en el que la sustitución no sería posible.

En la misma línea crítica coincide GARCÍA SAN MARTÍN²⁰⁴ quien aboga porque el legislador debería haber unificado ambas formas de sustitución en una sola que abarcara la totalidad del abanico punitivo. Además sostiene, que el legislador parece haber olvidado que la finalidad de la institución de la sustitución es evitar que la rehabilitación y la reinserción del condenado se vean afectadas por los efectos perniciosos que pueden suponer el cumplimiento efectivo de las penas cortas privativas de libertad.

MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ²⁰⁵ entienden que la literalidad del art. 88 del CP impide la posibilidad de sustituir penas distintas a la de prisión aunque también sean privativas de libertad como la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa del art. 35 del CP.

Para VIDAL CASTAÑÓN²⁰⁶ no cabe distinguir entre una suspensión ordinaria y otra excepcional pues el requisito exigido para la sustitución de las penas superiores a dos años (“cuando de las circunstancias personales del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquellas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social”) está implícito también para la sustitución de las penas de prisión de hasta un año, sin que se prevea ningún requisito adicional para ello.

En mi opinión parece que el legislador, con el art. 88 del CP, ha querido dejar claro los márgenes y las condiciones en las que debe operar la sustitución de la pena sin que ello suponga tener que encuadrar o adjetivizar las diferentes modalidades. No

²⁰³ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria de la...”, ob. cit., pág. 296.

²⁰⁴ GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La suspensión de la...*, ob. cit., pág. 138.

²⁰⁵ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 123.

²⁰⁶ VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión...*ob. cit., pág. 66.

obstante, para cada margen posible, atribuye unas consecuencias diferentes: 1) las penas de prisión inferior a tres meses deberán ser sustituidas obligatoriamente conforme a la Sección 2ª del Capítulo III, es decir, conforme a los arts. 88 y 89 del CP, por imperativo del art. 71.2 del CP, 2) las penas de entre tres y seis meses, por regla general, se podrán sustituir por multa, por trabajos en beneficio de la comunidad o por localización permanente teniendo en cuenta las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y el esfuerzo para reparar el daño producido, 3) las penas de prisión de seis meses a un año se podrán sustituir por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad en atención a las circunstancias anteriormente expresadas, 4) las penas de prisión que excedan de un año pero no de dos, se podrán sustituir excepcionalmente cuando de las circunstancias del hecho y del culpable, el cumplimiento de la pena de prisión impuesta pueda frustrar los fines de prevención y reinserción social de las mismas y, 5º) las penas impuestas por delitos relacionados con violencia de género, sólo se podrán sustituir por trabajos en beneficio de la comunidad o por localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima.

Uno de los problemas que se puede plantear en relación a esta institución es si es posible aplicarla en aquellos delitos que llevan aparejados penas alternativas, por ejemplo, prisión o multa o prisión o trabajos en beneficio de la comunidad...etc.

Para MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ²⁰⁷ no es viable la sustitución de la pena de prisión en los delitos que contemplan la pena de prisión con carácter alternativo pues entienden que el Juez o Tribunal en la sentencia ya se ha decantado por la pena privativa de prisión frente a la otra alternativa²⁰⁸, sobre todo si existió sentencia de conformidad. No obstante, cuando la pena de prisión fijada no excede de los seis meses admiten que la misma pueda ser sustituida por localización permanente.

En la misma línea que los anteriores encontramos a CERES MONTES²⁰⁹ y a PERAMATO MARTÍN²¹⁰ quien incluso califica de fraudulenta dicha sustitución. En concreto señala que: “...*Hemos de tener en cuenta que el legislador al redactar el art.*

²⁰⁷ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 124.

²⁰⁸ Basan su postura en los AAP Castellón, Sección 1ª, de 29 de marzo de 2010, EDJ 2010/104472.

²⁰⁹ CERES MONTES, J.F., “Las reformas penales...”, ob. cit. págs. 283 a 352.

²¹⁰ PERAMATO MARTÍN, T., “Medidas Cautelares y...ob. cit., págs. 179 y ss.

88.1 del CP se ha referido a la posibilidad de sustituir en la sentencia o bien en un momento posterior, mediante auto y antes de dar inicio a la ejecución, de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad "aunque la ley no prevea esas penas para el delito de que se trate" de lo que parece deducirse que no existe inconveniente para efectuar la sustitución en el caso de que sí se prevean aquellas penas para ese delito; sin embargo, en mi opinión tal sustitución sería fraudulenta...si opta por la imposición de la pena de prisión es porque en atención a las circunstancias concurrentes estima que la pena adecuada es aquella y no la de trabajos comunitarios; por otra parte, si efectúa en la sentencia tal sustitución le estará imponiendo al condenado una pena de trabajos superior a la prevista en el tipo penal; efectivamente, si le impusiera la pena mínima de prisión prevista en aquellos tipos penales (6 meses) y la sustituye por trabajos comunitarios (una jornada de trabajos por cada día de prisión) le impondrá 6 meses de trabajos, cuando el delito viene castigado con una pena de 31 a 80 días trabajos en beneficio de la comunidad...”.

En una posición contraria encontramos a PUENTE SEGURA²¹¹ quien manifiesta que a su juicio no existe inconveniente alguno en sustituir la pena en estos supuestos pues la misma podrá realizarse imponiendo una pena sustitutiva distinta de la que se desechó al tiempo de individualizar la pena, es decir, si el CP contemplaba para ese delito una pena de prisión o multa y el Juez o Tribunal se decantó por la pena de prisión, se podría aún sustituir por trabajos en beneficio de la comunidad o por localización permanente, dependiendo de la duración de la pena de prisión sustituida. Además, sostiene que el momento en el que el Juez o Tribunal impone la pena en la sentencia y en el que elige la pena de prisión a la otra u otras alternativas, supone un momento distinto de aquel en el que tiene que decantarse por la sustitución de la pena al estar inspirados en principios distintos²¹². Respondiendo a PERAMATO MARTÍN, este autor considera que el ejemplo relatado por dicha autora en relación con el art. 153 del CP, le permite afirmar que la sustitución en dicho caso no sería fraudulenta sino propia de un proceso de individualización de la pena pues la pena alternativa inicialmente

²¹¹ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión y...”, ob. cit. págs. 302 a 305.

²¹² GALDEANO SANTAMARÍA, a pesar de coincidir sustancialmente con esta posición, prefiere hablar de dos situaciones distintas en las que se analizan cosas diferentes y es en este segundo momento, el de la ejecución, en donde el Juez o Tribunal debe atender a las circunstancias personales concurrentes en el condenado para que la pena impuesta cumpla los fines de reinserción y reeducación social previstos en la CE. Para la citada autora no debe olvidarse además, de que en caso de incumplimiento de la pena sustitutiva deberá ejecutarse la inicialmente impuesta.

rechazada no es la misma que la sustituida, por lo que en su opinión no existiría inconveniente alguno incluso en sustituir la pena de prisión inicialmente impuesta por la pena que se previó con carácter alternativo a la misma, que en el caso del ejemplo señalado por PERAMATO MARTÍN, sería por trabajos en beneficio de la comunidad.

En mi opinión, no puedo más que discrepar en este punto con PUENTE SEGURA, pues si bien es cierto que los momentos en los que el Juez o Tribunal debe pronunciarse por la pena a imponer y por la sustitución de la misma son distintos, no debemos olvidar la proximidad temporal que existe entre ambos²¹³ pues es en la misma sentencia o antes de dar inicio a su ejecución, cuando el Juez o Tribunal debe decidir sobre la sustitución de la pena interesada; por lo que si el Juez o Tribunal en primer lugar opta por la pena de prisión por considerarla más adecuada que la de trabajos en beneficio de la comunidad sería absolutamente contradictorio que luego decidiera sustituir la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad cuando no la consideró inicialmente adecuada para el caso concreto.

Además, no entiendo que la pena alternativa rechazada inicialmente (en este caso la de trabajos en beneficio de la comunidad) y la que sustituye a la pena de prisión sustituida (nuevamente la de trabajos en beneficio de la comunidad) tengan una naturaleza distinta sólo por el hecho de que se impongan en momentos distintos. De aceptarse dicha sustitución podría llegar a calificarse de escandalosa pues implicaría que el condenado lo fuera a una pena mucho más grave que la prevista inicialmente por el legislador, por mucho que con la misma el penado evitara su ingreso en prisión, así, siguiendo el mismo ejemplo del art. 153 del CP, si el juzgador optara por imponer una pena de 9 meses de prisión y decidiera, posteriormente, sustituirla por la de trabajos en beneficio de la comunidad, al seguir la regla de sustitución que nos indica el art. 88 del CP, cada día de privación de libertad, se sustituiría por un día de trabajos en beneficio de la comunidad, con lo que el reo resultaría condenado a 270 jornadas de trabajo, pena mucho mayor que la inicialmente prevista en el precepto mencionado, que oscila entre 31 y 80 días de trabajos. Dicho resultado, por consiguiente, no considero que sea ni el deseado ni el previsto por el legislador en la Exposición de Motivos del CP al señalar que uno de los criterios en los que se inspira el mismo es el de proponer una reforma

²¹³ El art. 88 del CP alude a que “*Los Jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en autor motivado, antes de dar inicio a su ejecución...*”.

total del sistema de penas existentes hasta ese momento en el que se permita alcanzar los objetivos de resocialización que le asigna la CE. Además, debe tenerse en cuenta que conforme lo previsto en el art. 40.4 del CP la máxima duración de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es de un año, por lo que en el caso de que se quisiera sustituir penas de prisión entre uno y dos años de prisión, debería serlo por trabajos en beneficio de la comunidad y multa conforme al art. 88.1 párrafo 2º aunque por tratarse de un delito de violencia de género, sólo cabe la sustitución de la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad y no por multa²¹⁴ con lo que nos encontraríamos con una restricción punitiva. Quizás, a la vista de todas estas reflexiones sería conveniente meditar sobre la conveniencia de flexibilizar el automatismo con que se imponen penas de prisión en este ámbito y acudir a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad para los casos menos graves y que tampoco se aplican.

Respecto al límite de la pena contemplado en el art. 88 del CP (uno o dos años) se discute por la doctrina si puede llegarse al mismo a través de la suma de las diferentes penas impuestas en la sentencia, o si las mismas han de ser examinadas individualmente.

Algunas Audiencias Provinciales²¹⁵ se decantan por admitir la sustitución de la pena en el caso de que cada una de las impuestas no superen dicho límite al entender que a diferencia con lo que sucede en el art. 81.2 del CP, el art. 88 del mismo texto no

²¹⁴ TENA ARAGÓN, M.F., “La sustitución de la pena de prisión”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 14, 2006, págs. 389 y ss.

²¹⁵ Es el caso de la AP de Soria, en su auto de 10 de marzo de 2004, recurso nº 22/2004, EDJ 2004/29039, la Sección 27 de la AP de Madrid, AAP nº 73/2007, de 26 de enero, recurso nº 73/2007, EDJ 2007/53442 y la AP de Barcelona, Sección 5, en su Auto de 4 de mayo de 2006, EDJ 2006/291583, esta última en su fundamento de derecho 4º señala que: “...Esta sala no es de la opinión que las distintas penas privativas de libertad impuestas en sentencia firme, caso de ser varias, deban sumarse de cara a la concesión o denegación de la sustitución. No es aplicable al beneficio de la sustitución de penas privativas de libertad por otras de distinta naturaleza la condición contenida en el punto 2º del art. 81 CP en relación al beneficio de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, que exige que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años. No puede hacerse una aplicación analógica in malam partem de esta norma penal, que perjudica al condenado, e incluso aún bajo la tesis de que el conjunto de preceptos comprendidos entre el art. 80 y el 89 del Código Penal conforman una unidad. No puede emplearse en la figura de la sustitución de penas, que se regula en una Sección diferente del Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal, al no estar expresamente previsto por el Legislador. Consiguientemente, para la sustitución de la pena de prisión entiende esta sala que no hay que sumar las penas impuestas en la sentencia sino que cada una de ellas, de ser varias, deberán examinarse por separado junto a las demás circunstancias a que se refiere el precepto; si el legislador no lo ha previsto taxativamente para este caso, cuando sí lo ha establecido para el beneficio de la suspensión de condena, sólo podemos interpretar que no la quiso imponer. Sus razones tendría para ello”.

recoge una previsión igual o similar, por lo que, optan por sustituir la pena de prisión impuesta siempre que cada una de ellas de forma aislada no supere dicho límite²¹⁶.

Otras en cambio, sostienen que cuando la suma total de las penas impuesta en sentencia exceden del límite legal no cabrá su sustitución al ir en contra de la finalidad pretendida por el legislador pues el condenado al haber cometido diversos actos delictivos demostraría una mayor gravedad y peligrosidad criminal que no le harían merecedor de dicho beneficio²¹⁷.

Respecto a las penas accesorias, si bien me remito a lo estudiado en la suspensión de la pena, en mi opinión, no tiene cabida la suspensión de las penas accesorias en los casos en los que se haya sustituido la pena de prisión, no era admisible en los casos de suspensión de la pena principal y aunque el CP no se pronuncia al respecto, no tendría sentido, a efectos resocializadores, admitir tal posibilidad²¹⁸.

2.2.2.2 Elementos subjetivos

Respecto a los requisitos subjetivos que el CP recoge para la sustitución de la pena, el art. 88 del CP precisa qué circunstancias del condenado debe tener en cuenta el Juez o Tribunal para otorgarle dicho beneficio. En particular, el CP se refiere a la posibilidad de sustituir la pena de prisión en atención a *“las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconseje, siempre que no se trate de reos habituales”*. Sobre estos elementos valorativos que entran dentro de la prevención especial²¹⁹, VIDAL CASTAÑÓN²²⁰ señala que entre las **circunstancias personales del reo**, el núcleo duro de lo que debe valorarse estaría representado por los antecedentes personales, e incluso

²¹⁶ Aún cuando la suma de las mismas lo supere.

²¹⁷ Es el caso la AP de Vizcaya, Sección 6ª, en su auto nº 198/2000, de 2 de junio, EDJ 2000/33053 de la ; Sección 6ª de AP de Barcelona en sus autos de 30 de enero de 2006, recurso nº 454/2005, EDJ 2006/25540 y de 2 de junio de 2006, recurso nº 232/2006, EDJ 2006/332028 y de la Sección 3ª de la AP de Almería reflejada en su auto nº 117/2006, de 18 de septiembre, resolviendo el recurso nº 183/2006, EDJ 2006/388521. En todas estas, las distintas Audiencias Provinciales optan por calcular el límite legal sumando las distintas penas impuestas al condenado.

²¹⁸ En idéntico sentido se pronuncian PUENTE SEGURA, L., “Suspensión y...”, ob. cit. pág. 306; y PERAMATO MARTÍN, T., “Medidas Cautelares y...ob. cit., págs. 179 y ss.

²¹⁹ Véase, por ejemplo, NAVARRO VILLANUEVA, C., *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 210.

²²⁰ VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión...* ob. cit., págs. 64 y ss.

policiales, del mismo aunque sin olvidarse de las circunstancias existenciales como trabajo, expectativas de continuar en el mismo, la situación familiar, responsabilidades, formación académica...etc.

MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ²²¹ conciben dentro de las circunstancias personales del reo determinados extremos tales como la existencia de varias condenas anteriores y la multiplicidad de hechos delictivos por los que el reo ha sido condenado con independencia de su calificación jurídica, la presencia de varias condenas posteriores a la sentencia y anteriores a la fecha de la decisión sobre la sustitución de la pena que evidencien su peligrosidad criminal, la sustracción del condenado a la acción de la justicia que haya provocado su busca por requisitorias, detención e ingreso en prisión y la revocación del beneficio de la suspensión de la pena, entre otros.

Sobre la **naturaleza del hecho**, VIDAL CASTAÑÓN²²² señala que en este punto se procede a enjuiciar de nuevo la conducta realizada por el reo pero desde un punto de vista más amplio pues deberá entrarse a valorar la excepcionalidad o no de la actuación realizada, si concurrieron o no elementos extraordinarios en su perpetración, si son actuaciones habituales en el reo, si la conducta fue especialmente vejatoria para la víctima y otras circunstancias similares.

MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ²²³ manifiestan que la naturaleza del hecho abarca la clase de delito cometido, el bien jurídico protegido y la gravedad de los hechos.

En la **conducta del penado** VIDAL CASTAÑÓN²²⁴ entiende que se trata de analizar por parte del Juez o Tribunal la disponibilidad del mismo a lo largo del procedimiento, el cumplimiento de las medidas cautelares que se le hubieren impuesto, en definitiva, cuál ha sido la conducta del penado con la Administración de Justicia, sin perjuicio de su derecho de defensa.

²²¹ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., págs. 133 y 134.

²²² VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión...*ob. cit., págs. 69 a 71.

²²³ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 134.

²²⁴ VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión...*ob. cit., págs. 71 y 72.

En mi opinión y para los delitos relacionados con la violencia de género, se podrían incluir también en este apartado los aspectos relativos a la forma de cumplimiento de la orden de protección que se hubiera dictado a lo largo del procedimiento, si la misma se hubiera tenido que garantizar acordando una pulsera electrónica para velar por su cumplimiento, los posibles quebrantamientos de dicha orden de protección, si el mismo ha estado a disposición del Juzgado o Tribunal durante la tramitación de la causa...etc.

Sobre el **esfuerzo para reparar del daño causado**, el autor citado evidencia que sólo se podrá tener en cuenta cuando de forma material y efectiva se pueda resarcir al perjudicado, dentro de las posibilidades y circunstancias del penado para no correr el riesgo de que la concesión de este beneficio se haga depender de las posibilidades económicas del reo²²⁵.

En lo que respecta al requisito negativo de **reo habitual**, VIDAL CASTAÑÓN²²⁶ se remite al art. 94 del CP señalando que podrán beneficiarse no sólo el delincuente primario sino también el reincidente. Respecto a si el delito cuya condena se pretende sustituir se computa a efectos de reincidencia, este autor entiende que sólo tendrá la consideración de reo habitual aquel que con anterioridad hubiere sido condenado por tres delitos regulados en el mismo Capítulo del CP, excluyendo del cómputo el delito cuya pena se pretende sustituir²²⁷. En idéntica línea encontramos a GARCÍA SAN MARTÍN²²⁸.

MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ²²⁹ siguiendo también una interpretación favorable al reo entienden que a los efectos de apreciar la habitualidad del art. 94 del CP

²²⁵ VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión...* ob. cit., págs. 72 y 73.

²²⁶ VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión...* ob. cit., págs. 76 a 80.

²²⁷ Se remite además, al AAP Sevilla, Sección 4ª, rec nº 7830/2003, ponente Paúl Velasco, de 19 de enero, EDJ 2004/12445 y AAP Castellón de 15 de abril de 2003, rec nº 19/2003, ponente Domínguez Domínguez. EDJ 2003/14333.

²²⁸ GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La suspensión de la...*, ob. cit., págs. 132 y 133, quien se remite a los AAP de Castellón, Sección 1ª, nº 229/2005, de 25 de mayo, EDJ 2005/91317; AAP Zamora, Sección 1ª, nº 38/2004, de 24 de marzo, AAP León, Sección 2ª, nº 7/2004, de 21 de enero, EDJ 2004/4936 o AAP Castellón, Sección 2ª, nº 24/2002, de 29 de enero, EDJ 2002/8918, entre otros.

²²⁹ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...” ob. cit., págs. 126 a 128.

no se incluye el delito cuya pena se trata de sustituir por lo que aun cuando el mismo haya cometido con anterioridad tres delitos podrá ver sustituida su pena²³⁰.

Además de los elementos ya mencionados del art. 88 del CP, en el supuesto de sustitución excepcional se atiende a la **necesidad de evitar frustrar los fines de prevención y reinserción social**. VIDAL CASTAÑÓN²³¹ interpreta que dicha circunstancia debe ser examinada siempre para lograr una mejor resocialización del penado, por lo que no supone un extremo excepcional a valorar.

Para GARCÍA SAN MARTÍN²³² las circunstancias personales del reo a valorar deben de tener alguna incidencia sobre la peligrosidad criminal del mismo y es el eje sobre el que gravitan todos los presupuestos recogidos en el art. 88 del CP, bien para concederla o bien para denegarla. Además entiende que no deben valorarse en este momento los antecedentes policiales del reo y que tanto las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho y su mayor o menor gravedad fueron extremos ya analizados que sirvieron en su momento para individualizar la pena impuesta; por lo que, sólo se podrán valorar los extremos de dichas circunstancias que no fueron tomados en consideración o hacerlo desde una diferente perspectiva.

2.2.2.3 Elementos temporales y formales

En cuanto al momento en el que se debe resolver sobre la sustitución de la pena, el art. 88 del CP señala que será “previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente mediante auto motivado, antes de dar inicio a la ejecución”.

Para MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ²³³ no cabe admitir la sustitución de la pena cuando se haya efectuado ya la liquidación de la misma o cuando se haya librado mandamiento de prisión aunque no haya comenzado el inicio de la ejecución de la ejecutoria por tener otras anteriores por las que esté cumpliendo condena en centro penitenciario.

²³⁰ Apoyan su toma de postura en los AAP de Barcelona, Sección 7ª, de 11 de julio de 2006, rec nº 260/2006, EDJ 2006/376900 y de Castellón, Sección 1ª, de 6 de marzo de 200.

²³¹ VIDAL CASTAÑÓN, A., *Los institutos de la suspensión...* ob. cit., págs. 73 a 76.

²³² GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La suspensión de la...*, ob. cit., págs. 133 a 137.

²³³ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...” ob. cit., págs. 128 y 129.

PUENTE SEGURA²³⁴ sostiene una interpretación diferente y defiende que cuando el CP recoge que la eventual sustitución de la pena deberá ser acordada “antes de dar inicio a la ejecución”, no está aludiendo a una determinada fase procesal (a la ejecución penal), sino a la ejecución efectiva de la pena impuesta (a la ejecución de la pena) y conforme a dicha interpretación admite que se pueda acordar la sustitución de la pena después de que la pena haya estado previamente suspendida pero no una vez que el condenado hubiera ingresado en prisión para iniciar su cumplimiento²³⁵.

En mi opinión y disintiendo nuevamente de PUENTE SEGURA, la ejecución de la sentencia comenzará con el auto por el que se acuerda dar inicio a la ejecución de la pena por lo que entiendo que no cabrá acordar la sustitución de la pena una vez dictado el mismo. La razón que me lleva a tal conclusión es el tenor propio del art. 88 del CP al precisar el momento en el que debe decidirse sobre la sustitución: “*en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución*”. Con esta expresión entiendo que el legislador ha querido establecer una limitación temporal a la hora tanto de solicitar como otorgar dicho beneficio. Siguiendo esta posición, por consiguiente, tampoco entiendo que quepa admitir la sustitución una vez obtenida la suspensión de la pena y luego resultar revocada, al no respetarse el límite temporal previsto en la ley²³⁶ y a tenor del contenido del art. 85.1 del CP²³⁷.

Respecto a la forma que debe adoptar la decisión judicial que resuelva sobre la sustitución de la pena, el propio CP señala que se adoptará en la misma sentencia o posteriormente mediante auto motivado. En mi opinión la mención a la motivación del

²³⁴ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión y...”, ob. cit. págs. 310 y 311.

²³⁵ Parecen respaldar esta posición los AAP de Sevilla, Sección 3ª, de 26 de mayo, ponente Jurado Hortelano, EDJ 2009/141196; AAP de Sevilla, Sección 3ª, de 29 de mayo de 2009, ponente Márquez Romero, EDJ 2009/141203; AAP de Sevilla, Sección 4ª, de 27 de mayo de 2009, ponente Lledó González, EDJ 2009/ 141371 y AAP de Madrid, Sección 29ª, de 21 de mayo de 2009, ponente Ferrer García, EDJ 2009/123812.

²³⁶ A favor de esta interpretación está el AAP de Castellón, Sección 1ª, de 7 de junio de 2006, ponente Garrido Sancho, EDJ 2006/359484; AAP Álava, Sección 2ª, de 12 de abril, rec nº 69/2005, EDJ 2005/117108 y AAP Gerona, Sección 3ª, de 12 de abril de 2007, rec nº 216/2007, EDJ 2007/139540, entre otros.

²³⁷ El mismo señala que: “*revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena*”.

auto no es sino una redundancia introducida por el legislador pues todo auto debe ser motivado por exigencia del art. 141 de la LECrim²³⁸.

2.2.3 Sustitución de la pena en los casos de violencia de género

La redacción vigente del art. 88.1 párrafo 3º fue dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre y por la LO 5/2010, de 23 de junio. Para VALLDECABRES ORTÍZ²³⁹ el legislador, con estas reformas, quiso apostar por la reinserción de este tipo de penados, en lo posible, al tiempo que establecía garantías para no renunciar a la ejecución de la pena.

En mi opinión, si en el art. 88.1 del CP se exige la audiencia previa de las partes, cobra vital importancia que la víctima sea oída, pues no sólo se tratará de evitar así su victimización secundaria²⁴⁰, sino que además resultará muy conveniente a los efectos de decidir sobre la concesión o no de dicho beneficio.

Según MAQUEDA ABREU²⁴¹, la ley ofrece oportunidades de individualización de la pena a imponer que permiten atender las exigencias más estrictas de proporcionalidad.

Para GÓMEZ COLOMER²⁴² la idea es, por un lado, reforzar que el reo salga antes de prisión gracias a estos beneficios (suspensión y sustitución de la pena) con la idea de que no vuelva a cometer nuevamente este tipo de delitos, por lo que se le obliga a participar en programas de reeducación y tratamiento psicológico y, por otro, evitar que la pena de prisión pueda ser sustituida por penas pecuniarias, lo que favorecería la impunidad y no evitaría la reiteración delictiva.

²³⁸ Según el mismo “...Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten...”.

²³⁹ VALLDECABRES ORTÍZ, I., “La tutela penal en la ley integral” en *Administración de Justicia en la Ley Integral contra la violencia de género*, Ministerio de Justicia, 2005, págs. 29 a 43.

²⁴⁰ Con la victimización secundaria la víctima ve frustradas las expectativas que tenía depositada en la Administración de Justicia.

²⁴¹ MAQUEDA ABREU, M. L., “Perspectiva victimológica en el análisis penal de la Ley Integral 1/2004”, XVII Seminario Duque de Ahumada (4 y 5 de mayo de 2009), 2007, págs. 33-48.

²⁴² GÓMEZ COLOMER, J.L., “Tutela penal sustantiva” en *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 161 a 170.

En el Proyecto de Reforma, que luego se transformó en LO 5/2010, de 23 de junio, se restringía esta opción para los delitos de maltrato físico o psíquico habitual del art. 173.2 del CP aunque luego se amplió a todos los delitos relacionados con la violencia de género.

La posibilidad de aplicar este beneficio a los delitos relacionados con la violencia de género ha permitido seleccionar correctamente la pena adecuada a la gravedad de los hechos²⁴³ y desterrar la calificación de desproporcionadas a las penas previstas para estos delitos²⁴⁴.

El art. 88.1 párrafo 3º señala que:

“En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del apartado 1 del artículo 83 de este Código”.

Podemos observar que el art. 88 del CP contempla una limitación a esta institución pues impone que la pena de prisión sólo podrá sustituirse por trabajos en beneficio de la comunidad²⁴⁵ o localización permanente en lugar distinto y separado del

²⁴³ Como ya señalaba MAQUEDA ABREU en MAQUEDA ABREU, M. L., “Perspectiva victimológica en el...”, ob. cit., págs. 33-48.

²⁴⁴ PÉREZ MACHÍO, A. I., “La perspectiva del género en el Código Penal. Especial consideración del art. 153 del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Volumen XXX, 2010, pág. 349.

²⁴⁵ Bastante interesante me parecen los trabajos de MAGRO SERVET, V., “Ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49 del Código Penal, Ley 15/2003, de 25 de noviembre), *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, IV, 2005; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 22, 2005, págs. 141-180; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “La última respuesta penal a la violencia de género”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2006, págs. 1423 y ss; TENA ARAGÓN, M. F., “Suspensión y sustitución de penas en delitos de violencia de género”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010, págs. 11 y ss; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Efectos preventivos generales de las penas privativas de libertad ante la violencia de género”, *ICADE, Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, Mayo-Agosto, 2008, págs. 145-160; VIEIRA MORANTE, F. J., “Breves apuntes a las reformas penales de la ley de violencia de género”, *Revista Jurídica de Canarias*, nº 1, 2006, págs. 37 a 46; BOMBÍN PALOMAR, V., “Problemas penales (procesales y sustantivos). Propuesta de modificación”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal Español de 1995” en ECHANO BASALDÚA, J.I., (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 125 a 152; FARALDO CABANA, P., “Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género. La situación tras la reforma de 2010”, en CASTILLEJO

domicilio de la víctima y en el que el condenado quedará obligado a cumplir no sólo los programas específicos de reeducación y psicológicos que le correspondan por sus circunstancias sino además a las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del apartado primero del art. 83 del CP (prohibición de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos) impidiéndose, por consiguiente, la sustitución por la pena de multa como ocurría antaño²⁴⁶.

OLEAGA ORUE-REMENTERIA²⁴⁷ recuerda que la imposición de cursos en materia de violencia de género no se impartieron con normalidad hasta el año 2009 y que con anterioridad, ante el escaso soporte material y humano, o se denegaba este beneficio o se optaba por la concesión de la suspensión de la pena sin condicionar la misma al cumplimiento de curso alguno.

Para LARRAURI PIJOÁN²⁴⁸ la imposición de las reglas de conducta prevista en la sustitución de la pena como alternativa a la prisión supone endurecer sus condiciones hasta ir perdiendo su carácter de “alternativa” al tiempo que su incumplimiento constituye un motivo para su revocación²⁴⁹.

Entre los delitos relacionados con la violencia de género existen algunos castigados con penas de prisión superiores a dos años, por ejemplo, el delito de lesiones del art. 147 del CP que prevé penas de entre 6 meses a 3 años, el art. 148.4 del CP cuyas

MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011 y JAÉN VALLEJO, M., “El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género” en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, entre otros.

²⁴⁶ Y así lo recoge OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: Análisis teórico y jurisprudencial*. Atelier, Barcelona, 2001, pág. 161, donde hace referencia a la SAP de Guipúzcoa de 9 de diciembre de 1999, Ar 3938, en la que en atención al sometimiento al agresor y al resto de la familia, cosa que no entiendo ni comparto por cuanto que el único sometido a los mismos debería ser el penado, a este tipo de programas permitió la sustitución de la pena de prisión por la de multa.

²⁴⁷ OLEAGA ORUE-REMENTERIA, A., “Protocolo de actuación para la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y los cursos en los casos de delitos de violencia de género contra la mujer, delitos de violencia doméstica y delitos contra la seguridad del tráfico”, *Revista Jurídica de Canarias*, nº 18, 2010, págs. 5 a 24.

²⁴⁸ LARRAURI PIJOÁN, E., “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la Democracia*, nº 25, 1996, pág. 56.

²⁴⁹ Véase en sentido contrario LORENTE ACOSTA, M., “Violencia de género, educación y socialización: acciones y reacciones”, *Revista de Educación*, nº 342, 2007, págs. 19 a 35.

penas oscilan entre los 2 y los 5 años de duración o el delito de maltrato físico o psíquico habitual del art. 173.2 del CP, cuyas penas de prisión inicialmente previstas de 6 meses a 3 años pueden ser impuestas en su mitad superior en los casos especificados en dicho tipo delictivo. Para que el reo pueda obtener la sustitución de la pena (excepcional) en dichos supuestos será necesario, como ya hemos estudiado, que la pena de prisión impuesta no supere los dos años de duración. Si tenemos en cuenta que en estos supuestos sólo se podrá sustituir dicha pena por trabajos en beneficio de la comunidad pudiera resultar, por los criterios de conversión previstos en el art. 88 del CP, que la pena sustitutiva alcanzara los 2 años de trabajos en beneficio de la comunidad, con lo que nos encontramos con un choque frontal con la duración legal de dicha pena contemplada en el art. 40.4 del mismo texto legal.

GÓMEZ RECIO²⁵⁰ entiende que en estos supuestos ya no se podrá sustituir en su integridad la pena de prisión impuesta al no poderse utilizar la pena de multa, por lo que, quedará parte de la pena de prisión por cumplir. La otra opción, en mi opinión, sería la sustitución por localización permanente de la parte de la pena que no se pudiera sustituir por trabajos en beneficio de la comunidad, dentro del límite temporal de los seis meses de duración que prevé el art. 37 del CP.

No obstante lo anterior, MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ²⁵¹ acuden al art. 40.5 del CP para sostener que en el caso de una pena de prisión de 2 años de duración, impuesta por un delito de violencia de género, sería posible su sustitución sin limitarse en modo alguno su período de duración. En idéntico sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004, sobre la aplicación de la reforma operada por la LO 15/2003, admite también la posibilidad de superar dicho límite.

Para proceder a la sustitución de la pena se requerirá audiencia de las partes, no sólo del afectado y de la víctima. Aunque el tenor de la ley se refiere a “previa audiencia de las partes”, no debe interpretarse en el sentido de una audiencia pública sino que será suficiente con que las partes hayan podido ser oídas al respecto, por ejemplo, mediante la evacuación del respectivo informe.

²⁵⁰ GÓMEZ RECIO, F., “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Éxito y fracaso”, La ley nº 7899, Sección Doctrina, Año XXIII, 2012 pág. 5

²⁵¹ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 141.

En todo caso, el incumplimiento, total o parcial, de la pena sustitutiva (multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente) conllevará, según el art. 88.2 del CP, a que se proceda a ejecutar la pena sustituida (la de prisión) descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con las reglas de conversión recogidas en el propio precepto.

2.2.4 Sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional

Tras varias modificaciones legales²⁵², la regulación actual está prevista en el art. 89 del CP, en su redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que prevé que:

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido

²⁵² LO 4/2000, de 11 de enero sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que deroga la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España; LO 8/2000, de 22 de diciembre; LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; LO 14/2003, de 20 de noviembre; LO 2/2009, de 11 de diciembre y LO 5/2010, de 22 de junio.

al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del art. 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no será de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código”.

A este precepto hay que añadirle el art. 108 del CP, sobre la sustitución de las medidas de seguridad impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, y que establece que:

“1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva del cumplimiento de la pena privativa de libertad, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecia que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

A pesar de la modificación operada en el art. 89 por la LO 5/10, de 22 de junio dicha reforma legal no ha afectado al art. 108 del CP que permanece en su redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Respecto a la **naturaleza jurídica** de la expulsión del territorio nacional, no se la puede concebir como una pena, por cuanto que la misma no aparece en el catálogo de penas previsto en el art. 33 del CP. El TC en su auto nº 106/1997, de 17 de abril²⁵³, señala además que la expulsión del territorio nacional no cumple los fines preventivos especiales y que la misma no está orientada a los fines de reeducación y reinserción social del art. 25.2 de la CE que, además, no establece un derecho susceptible de ser invocado en amparo constitucional sino que supone una orientación dirigida al legislador penal²⁵⁴.

Si acudimos al art. 96.3.2ª del CP²⁵⁵ observamos que la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España tiene la calificación jurídica de medida de seguridad no privativa de libertad.

Dentro de los supuestos de expulsión de extranjeros no residentes en España el CP contempla dos supuestos bien diferenciados:

1. Sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a 6 años.
2. Sustitución de las penas de prisión impuestas, cualquiera que sea su duración, cuando el penado hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena.

La expulsión del territorio nacional de los extranjeros en situación irregular que hayan resultado condenados a penas de prisión pudiera ser muy gravosa para aquellos que hayan cometido un delito de escasa entidad y tengan arraigo en España (ya sea

²⁵³ EDJ 1997/59384.

²⁵⁴ SSTC nº 2/1987, de 21 de enero, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1987/1; STC nº 28/1988, de 23 de febrero, ponente Tomás y Valiente, EDJ 1988/344; STC nº 19/1988, de 19 de febrero, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, EDJ 1988/335; ATC nº 15/1984, de 11 de enero resolviendo el recurso de amparo nº 722/1983, nº registro 722-1983; ATC nº 486/1985, de 10 de julio, resolviendo el recurso de amparo nº 439/1985, nº de registro 439-1985; ATC nº 1112/1988, de 10 de octubre, resolviendo recurso de amparo nº 152/1988, nº registro 152-1988 y ATC nº 360/1990, de 5 de octubre, recurso de amparo nº 1767/1990, EDJ 1990/12348; entre otros muchos.

²⁵⁵ Según el cual, “Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad...Son medidas no privativas de libertad...la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España...”.

familia o trabajo) o muy beneficiosa si el delito cometido revista cierta entidad si se le compara al español o al residente legal cuya pena de prisión deberá cumplir. Para MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ²⁵⁶ el carácter aflictivo o no de la expulsión está en función de la pena a la que sustituye y de si el extranjero tenía o no ánimo de permanecer en España.

Para que se pueda proceder a la expulsión, en cualquiera de las dos modalidades, es necesario que la persona a expulsar sea extranjera y que no resida legalmente en nuestro país²⁵⁷. El concepto de extranjero lo podemos encontrar en el art. 1.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Este precepto considera extranjeros a quienes carezcan de la nacionalidad española²⁵⁸ aunque no todos los que carezcan de ella, según el tenor del art. 89 del CP, podrán ser expulsados²⁵⁹. La Circular de la Fiscalía General del Estado nº 5/2011, de 2 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración considera susceptibles de ser expulsados a los extranjeros que carezcan de un permiso administrativo de residencia en territorio español. La Circular citada, a los efectos de delimitar el concepto de residencia legal, diferencia al extranjero que le sea aplicable el régimen jurídico de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) y al ciudadano nacional de un Estado Miembro de la Unión Europea o de países asimilados, que queda sujeto al Real Decreto nº 240/2007, de 16 de febrero sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte, en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, norma española de transposición de la Directiva

²⁵⁶ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 165.

²⁵⁷ A tal efecto es muy importante no confundir el permiso o tarjeta de residencia (que es un documento administrativo en el que consta el tipo de permiso que se confiere al extranjero para residir o trabajar en nuestro país) con el NIE que supone un número de identificación sin que por sí mismo autorice a residir o trabajar en España.

²⁵⁸ El artículo 1 de la citada ley orgánica señala que: “1. Se consideran extranjeros, a los efectos de aplicación de la presente ley, a los que carezcan de la nacionalidad española. 2. Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados Internacionales de los que España sea parte. 3. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

²⁵⁹ Por ejemplo, los nacionales de países miembros de la Unión Europea y todos aquellos que tengan residencia legal en España por diversos motivos.

2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, o al ciudadano de un tercer país que sea víctima de un delito de trata de seres humanos o que haya sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal conforme a la Directiva 2004/81/CE²⁶⁰. Por tanto, todo nacional de un Estado Miembro de la Unión Europea o de aquellos países a los que les sea aplicable el régimen comunitario (Noruega, Islandia y Liechtenstein) y Suiza (por acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación de Suiza) tienen reconocido un derecho de residencia en España de carácter originario, sin necesidad de acto de autorización, permiso de la autoridad administrativa competente o reconocimiento expreso. No obstante lo anterior, estos derechos no tienen la consideración de derechos absolutos sino que pueden ser suspendidos o limitados por la autoridad administrativa correspondiente, lo que implicará que en aquellos supuestos en lo que ello ocurra, éstos podrán ser expulsados conforme al artículo 89 del CP.

Según la Circular nº 5/2011, de 2 de noviembre tendrán residencia legal en nuestro país, además de los nacionales de los Estados Miembros y asimilados ya mencionados, los extranjeros no comunitarios que posean una autorización de residencia temporal ordinaria, una autorización de residencia temporal excepcional, autorización provisional de residencia o una autorización de residencia de larga duración.

La situación de residencia legal deberá acreditarse mediante un acto formal de reconocimiento del derecho, a través de un permiso o una autorización, dictado por la autoridad gubernativa correspondiente²⁶¹. Dicho acto de reconocimiento da lugar a la

²⁶⁰ Además de las normas anteriores también resulta de aplicación el Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen), con entrada en vigor desde el 13 de octubre de 2006; la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, suscrita por España, y publicada en el BOE de 29 de septiembre de 2003 y el Instrumento de Ratificación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que completa esta Convención, publicado en el BOE de 10 de diciembre de 2003. A nivel reglamentario debe tenerse en cuenta además, el Real Decreto nº 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; el Real Decreto nº 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y el Real Decreto nº 557/2011, de 20 de abril por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social que deroga el Real Decreto nº 2393/2004, de 30 de diciembre que aprueba el Reglamento de Extranjería.

²⁶¹ Salvo que se trate, como ya indiqué anteriormente, de un ciudadano nacional de un Estado Miembro de la Unión Europea (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, España,

expedición de la Tarjeta de Identidad de Extranjero que acredita, entre otros extremos, su situación en España y que debe conservar durante toda su estancia en el territorio español. Dicha Tarjeta de Identidad no debe confundirse con el Número de Identidad del Extranjero (NIE), el cual no acredita su situación en España sino que tiene una finalidad identificativa²⁶².

2.2.4.1 Sustitución de penas privativas de libertad inferiores a seis años de duración

El art. 89.1 del CP se refiere a la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personas motivadamente, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento en España; por tanto, de conformidad con el art. 35 del CP serán sustituibles no solo la pena de prisión sino también la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Además de acordarse la sustitución en la misma sentencia también se podrá apreciar posteriormente mediante auto motivado, con audiencia previa del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

Del art. 89.1 del CP, que recoge la expresión “*serán sustituidas en la sentencia*”, se desprende el carácter imperativo y no facultativo de dicha sustitución a salvo “*que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*”. Por tanto, la expulsión sustitutiva de una pena privativa de libertad inferior a seis años constituirá la regla general y la no sustitución, cuando se aprecien razones que la justifiquen, la excepción a esa regla general.

Bajo la anterior redacción de dicho precepto dada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre el TC matizó, a través de la STC nº 145/2006, de 8 de mayo²⁶³, la

Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumania y Suecia), o de aquellos países a los que les sea aplicable el régimen comunitario (Noruega, Islandia y Liechtenstein) o de Suiza.

²⁶² Según lo dispuesto en los artículos 206 y 207 del Reglamento de Extranjería.

²⁶³ Ponente Jiménez Sánchez, EDJ 2006/80225.

sustitución expulsiva en fase de ejecución de sentencia para evitar ir en contra del principio de la intangibilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes integrante del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE. En dicha sentencia se resolvió a favor del solicitante de amparo que resultó condenado, entre otras penas, a tres años de prisión y estando en avanzado estado de ejecución, la Audiencia Provincial de Madrid, tras la entrada en vigor de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, la sustituyó por la expulsión del territorio nacional. El TC fundamentó dicha decisión, por un lado, en que la redacción anterior del art. 89.1 del CP ya permitía la sustitución de la pena por la expulsión y entonces nadie la interesó y, por otro, en que la nueva redacción dada por dicha LO sólo preveía la expulsión del territorio nacional en fase de ejecución cuando la condena impuesta fuera superior a los seis años, circunstancia que no se daba en dicho supuesto, pero que sí se permite hoy bajo la redacción actual de dicho precepto por la LO 5/2010, de 22 de junio.

A salvo lo anterior, el hecho de que se admita la sustitución posterior al dictado de la sentencia de forma motivada puede deberse a que las razones que hayan justificado la no sustitución inicial dejen de existir o que incluso sea el propio penado el que solicite la misma, como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 2/2006, de 27 de julio sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España²⁶⁴.

²⁶⁴ En la que se señala que: “Aún siguiendo la doctrina establecida en la STC nº 145/2006 y, por tanto, partiendo de que si nada se hubiera establecido en la sentencia firme sobre la expulsión sustitutiva no cabrá promoverla en ejecución de sentencia, habrán los señores Fiscales de partir de la admisibilidad de la apertura del incidente de sustitución de la pena por la expulsión en fase de ejecución en dos supuestos: 1º Cuando la sentencia se plantee la aplicación de la expulsión sustitutiva, pero por concurrir alguna causa justificada difiera la decisión a la fase de ejecución de sentencia, en cuanto no existiría aquí una alteración esencial del contenido del fallo; y 2º Cuando quien solicite en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por la expulsión sea el propio reo, al entender que en tal contexto, valorada la sustitución como beneficiario, no se conculcaría ninguna garantía del mismo y por el contra podría entenderse que si el fallo no se ha pronunciado pese a concurrir los requisitos legales se la ha privado injustificadamente de un beneficio. Debe a esos efectos recordarse que el Reglamento Penitenciario expresamente establece la obligación de los centros de informar a los reos sobre las posibilidades de interesar la sustitución de la pena por la expulsión (art. 52.2 RP). En todo caso, en todos estos supuestos limitados en los que se promueva una resolución de expulsión sustitutiva después de dictada sentencia, será necesario dar audiencia al penado asistido de su letrado, permitiéndole incluso articular prueba sobre los presupuestos de la expulsión, y debiendo adoptar la decisión la forma de auto motivado, susceptible de los correspondientes recursos. Por supuesto, también habrá de darse audiencia al Fiscal, quien al despachar el trámite en fase de ejecución, habrá de tener presente la posición adoptada al respecto por el Ministerio Público durante las fases anteriores del procedimiento, sin perjuicio de valorar datos nuevos o circunstancias sobrevenidas...”.

La expulsión sustitutiva, hasta llegar a la regulación actual, ha sido objeto de críticas durísimas entre cierto sector de la doctrina, hasta el punto de considerar que nos encontramos con una *regulación que subordina el derecho penal y los principios por los que ha de regirse a una determinada política migratoria cuyo fin prioritario es combatir la inmigración irregular no sólo mediante el control de entradas, sino también mediante la expulsión aunque sea sacrificando una política criminal mínimamente coherente...*”, como señala MARTÍNEZ ESCAMILLA²⁶⁵ o calificar que *las modificaciones de la legislación penal que afectan a la cuestión, se insertan en el punto álgido de la “degradación” e “involución” que caracteriza a la política legislativa en materia criminal en los últimos tiempos*, como señala CANCIO MELIÁ²⁶⁶, entre otros autores²⁶⁷.

La Circular de la Fiscalía General del Estado nº 2/2006 no entendía admisible la expulsión sustitutiva de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas al estimar que la aplicabilidad de ésta resulta incierta en el momento en el que se dicta la sentencia que acuerda la expulsión sustitutiva y porque hacer depender la expulsión del territorio nacional de la disponibilidad de recursos económicos podría incorporar un criterio discriminatorio no justificado.

No obstante las previsiones anteriores, no se contemplan actualmente en la Circular nº 5/2011, de 2 de noviembre, que defiende precisamente lo contrario al permitir, tras la modificación operada en el art. 89 del CP, que la expulsión pueda ser acordada en auto motivado posterior al dictado de la sentencia. Sobre el criterio discriminatorio no justificado, alegado entonces, señala ahora que la decisión que se adopte sobre la expulsión no será en modo alguno desproporcionada si se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes, y entre ellas la gravedad del hecho cometido, sentenciando que sí sería desproporcionada la expulsión sustitutiva cuando la conducta

²⁶⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 3, Barcelona, 2009, pág. 21.

²⁶⁶ CANCIO MELIÁ, M., “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)”, *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, 002-04, 2007, pág. 3.

²⁶⁷ Como CERES MONTES, J.F., “Las reformas penales en...”, ob. cit., pág. 302 y ss.; SALINERO ECHEVARRÍA, S., “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, *Política Criminal*, Vol. 6, nº 11, 2011, págs. 106 y ss.; NAVARRO CARDOSO, F., “Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de derecho penal “simbólico” y derecho penal del enemigo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 17, 2006, págs. 153 y ss.

del extranjero no evidencie un comportamiento claramente hostil hacia nuestro ordenamiento jurídico.

Llama la atención el cambio de criterio seguido en ambas Circulares respecto al tipo de infracción cometida que puede dar lugar a la expulsión. Si en la Circular nº 2/2006 se decía que: *“...Aunque también debe entenderse que la pena de localización permanente es pena privativa de libertad (art. 35 CP), ha de exigirse en todo caso que la pena impuesta lo sea por delito, no debiendo reputarse título suficiente para posibilitar la expulsión sustitutiva una condena a pena privativa de libertad por una simple falta. Pese al silencio de la Ley, una interpretación acorde con la exigencia constitucional de respeto al principio de proporcionalidad veda cualquier otra alternativa...”*, la Circular nº 5/2011 señala ahora que: *“...no será desproporcionada la expulsión cuando la falta o el delito cometido castigada con la pena de multa impagada sea la última de las manifestaciones indicadoras de una forma de vida patentemente contraria al orden público español- como lo acreditaría la existencia de una pluralidad de condenas por delitos o faltas-, o constituya un instrumento defraudatorio del régimen jurídico de la estancia y residencia de los extranjeros en España previsto y regulado en la Ley Orgánica 4/2000, o signifique un obstáculo para la ejecución de la expulsión acordada en otro procedimiento penal por delito...”*.

MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ²⁶⁸ no creen factible la expulsión sustitutiva impuesta por la comisión de una falta esgrimiendo razones de índole práctico al considerar que generaría problemas que desaconsejan su uso. Aunque los mismos no señalan cuáles son esas razones de índole práctico que desaconsejan la expulsión sustitutiva en los casos de la comisión de faltas penales entre ellas podrían encontrarse una obvia: el que no queden registradas las condenas impuestas por la comisión de este tipo de infracciones.

En idéntico sentido, PUENTE SEGURA²⁶⁹ parece concebir la expulsión sustitutiva de la pena de localización permanente, lo sea por la comisión de un delito y no de una falta aunque no ve impedimento también a la expulsión cuando el extranjero haya sido condenado tras el enjuiciamiento conjunto por la comisión de delitos y de

²⁶⁸ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 176.

²⁶⁹ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión y...”, ob. cit. págs. 387 y ss.

faltas. Este autor, bajo el tenor del texto aprobado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, entendía que la clave para rechazar la expulsión sustitutiva por la comisión de una falta estaba en la frase “naturaleza del delito”, recogida en el número 1 del art. 89 del CP, que parecía limitar dicha posibilidad a los extranjeros no residentes legalmente que hubieren cometido un delito y no una falta, y en la extremada desproporción que suponía dicha medida. Tras la modificación de dicho precepto por la LO 5/2010, de 22 de junio dicha frase desaparece de dicho artículo aunque, en mi opinión, no deja de ser contraria al principio de proporcionalidad acordar la expulsión de un extranjero de nuestro país por la comisión de una infracción de tan escasa entidad.

En una posición contraria encontramos a LAFONT NICUESA²⁷⁰ para quien no se advierte razón de fondo para que la expulsión del art. 89 del CP deba tener un tratamiento diferente a la del art. 57.7 de la Ley de Extranjería, y defiende que si la expulsión del territorio nacional no se estima desproporcionada por una irregularidad administrativa, difícilmente lo será como sustitutiva de una pena impuesta por una conducta más grave, como es la comisión de una infracción penal.

Si bien en la redacción original del art. 53 de la Ley de Extranjería, posterior art. 57 de la misma norma, se recogía la expulsión (por vía administrativa) del extranjero procesado o inculcado en un procedimiento por delito castigado con pena privativa de libertad inferior a 6 años y se remitía al art. 89 del CP (expulsión sustitutiva de la pena privativa de libertad impuesta) para el caso de que se tratase de un extranjero no residente legalmente en nuestro país que hubiere sido condenado por sentencia firme, tras la modificación operada en el art. 57 de la Ley de Extranjería por la LO 11/2003, de 29 de septiembre se admitía ya la expulsión del extranjero procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley previera una pena privativa de libertad inferior a 6 años o una pena de distinta naturaleza, sin distinguir si se encontraba en situación regular o irregular en nuestro país y sin remitirse tampoco al art. 89 del CP en este último supuesto. Ello hace pensar que lo que pretende el legislador es flexibilizar las expulsiones administrativas de los extranjeros que delincan en nuestro país. No obstante, entiendo que hay que diferenciar entre la expulsión sustitutiva de la pena privativa de libertad impuesta (que no especifica si la condena privativa de libertad

²⁷⁰ LAFONT NICUESA, L., “La expulsión de extranjeros”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág. 170.

impuesta debe ser por la comisión de un delito o una falta) y la expulsión del territorio nacional por infracción de la Ley de Extranjería (que permite imponer la misma al inculcado o procesado, aún no condenado y con independencia del resultado final del procedimiento judicial). En mi opinión los Jueces y Tribunales a la hora de acordar la expulsión del territorio nacional en sustitución de una pena privativa de libertad impresa deben hacerlo con respeto a los principios de *in dubio pro reo* y de proporcionalidad, por lo que entiendo que, sólo en los casos en los que el extranjero no residente legalmente haya cometido un hecho tipificado como delito y no por falta, se podrá sustituir la pena privativa de libertad impresa por la expulsión.

Respecto a si el límite de los seis años de las penas privativas de libertad se refiere a la pena en abstracto o a la pena en concreto, la expresión contenida en el art. 89 del CP, “penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas”, parece indicar que el legislador ha querido referirse a la pena efectivamente impresa y no a la que en abstracto podría haber correspondido al hecho punible. Así se pronuncian el TC y el TS, el primero en ATC de 106/1997, de 17 de abril y el segundo en STS nº 330/1998, de 3 de marzo; STS nº 919/1999, de 2 de junio; STS nº 1381/2000, de 11 de septiembre y STS nº 1400/2005 de 23 de noviembre²⁷¹.

En cuanto a si ese límite se refiere a una pena o a la suma de varias penas, la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 2/2006 se pronuncia a favor de la expulsión cuando se impongan varias penas y ninguna de ellas exceda de los seis años aunque sumadas entre sí, sí lo superen.

En idéntico sentido se manifiestan MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ²⁷², PUENTE SEGURA²⁷³ y LAFONT NICUESA²⁷⁴.

En el ámbito de los delitos relacionados con la violencia de género, si partimos de que la inmensa mayoría de las penas que se imponen por estos hechos no suelen

²⁷¹ ATC nº 106/1997, de 17 de abril, EDJ 1997/59384; STS 330/1998, de 3 de marzo, ponente Puerta Luis, EDJ 1998/2320; STS nº 919/1999, de 2 de junio, ponente Ramos Gancedo, EDJ 1999/13732; STS nº 1381/2000, de 11 de septiembre, ponente Abad Fernández, EDJ 2000/27851 y STS nº 1400/2005 de 23 de noviembre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2005/213924.

²⁷² MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 174.

²⁷³ PUENTE SEGURA, L., “Suspensión y...”, ob. cit. pág. 389.

²⁷⁴ LAFONT NICUESA, L., “La expulsión de extranjeros”, en *Las recientes reformas...* ob cit., pág. 171.

exceder de los seis años y que muchos de ellos son cometidos por extranjeros expulsables administrativamente de nuestro país, todo ello nos permite concluir que la expulsión sustitutiva no es una cuestión baladí.

Cobra en estos casos vital importancia la audiencia a la víctima, aunque la misma no se halle personada en el procedimiento, e incluso sería deseable la de los hijos en común que tengan edad suficiente para ser oídos, pues no hay que olvidar que la pena privativa de libertad que se imponga se añade siempre una de alejamiento y no comunicación con la víctima y la misma no alcanza a los hijos en común, por lo que en la práctica, la expulsión de nuestro país hará muy complicado la normal relación y comunicación con estos²⁷⁵. Aún en el caso de que se acuerde la expulsión sustitutiva no se podrá proteger a la víctima de forma indefinida y mucho menos cuando víctima y agresor compartan nacionalidad y la misma regrese a su país por vacaciones, para ver a su familia, porque quiera retornar a su país...etc.

2.2.4.2 Sustitución parcial de cualquier pena privativa de libertad

También recoge el art. 89.5 del CP la posibilidad de sustituir cualquier pena privativa de libertad cuando el extranjero acceda al tercer grado penitenciario o haya cumplido las tres cuartas partes de la pena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada se aprecien razones que justifiquen el cumplimiento de la misma en España.

Parece, *a priori*, que esta forma de sustitución podría perjudicar al extranjero condenado que habiendo alcanzado ese grado de cumplimiento quisiera optar a la libertad condicional si reuniese los requisitos previstos en los arts. 90 a 93 del CP para su concesión, aunque pudiera resultar también beneficiosa cuando no habiéndose podido acordar la sustitución inicial por exceder la pena impuesta el límite de los seis años previstos en el art. 89 del CP, no se tratase de un delito tan grave que aconseje su cumplimiento íntegro en nuestro país.

Además de tratarse de un ciudadano extranjero, no residente legalmente en España, condenado a cualquier pena privativa de libertad y que hubiere alcanzado el

²⁷⁵ Además pueden existir supuestos en los que los hijos sean también víctimas junto con su madre o incluso que el Juez o Tribunal, en atención al adecuado interés del menor o incapaz, haya acordado la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, se requiere que el mismo no lo haya sido por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis del CP y que no se aprecien razones que justifiquen su cumplimiento en España, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada.

Según MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ²⁷⁶ debe tratarse de un delito muy grave para que se justifique su cumplimiento en España como, por ejemplo, delitos relacionados con el terrorismo, delincuencia organizada, narcotráfico...etc.

En ambos tipos de sustitución, las consecuencias que entraña la expulsión sustitutiva es la salida del territorio nacional, el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en nuestro país, la prohibición de que el extranjero regrese a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado y la ejecución de la pena inicialmente impuesta, si la expulsión no se pudiera llevar a efecto.

En mi opinión, esta medida implica un doble castigo al extranjero condenado, pues por una parte cumple casi íntegramente la condena que se le ha impuesto y, por otra, cuando accede al tercer grado penitenciario o ha cumplido las tres cuartas partes de la condena se le expulsa del territorio nacional lo que, según mi punto de vista, resulta discriminatorio si se le compara con españoles o nacionales de otros países que no tengan la condición de extranjeros y que estén cumpliendo condena en nuestro país.

Este precepto presenta, según mi parecer, un importante defecto de redacción pues se recoge que la expulsión del territorio nacional en estas circunstancias se acordará en sentencia, o durante su ejecución, y admitir esta posibilidad en este primer momento resulta muy complicado de entender si para que se practique la salida del territorio nacional debe haber cumplido las tres cuartas partes de la condena o acceder al tercer grado penitenciario. En idéntico sentido se manifiesta MANZANARES SAMANIGO²⁷⁷, para quien no tiene mucho sentido pronunciarse en la sentencia sobre una medida que quizá surta efecto mucho después y teniendo en cuenta, además, que

²⁷⁶ MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la...ob. cit., pág. 219.

²⁷⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Suspensión, sustitución y ejecución de la pena de prisión”, en *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008, pág. 94.

tanto el Ministerio Fiscal como el penado se adelantan a un momento en el que no consta aún si habrá condena y cuál será ésta. Además el número 5 del art. 89 del CP está redactado de manera que la expulsión del extranjero que cumpla las circunstancias recogidas en el mismo sea la regla general aunque admite que bajo determinadas razones, que no se especifican, de forma motivada se justifique su permanencia en España.

Habría sido deseable que el precepto hubiera tenido en cuenta, para adoptar esta expulsión con carácter general, las circunstancias a que se refiere el art. 88 del CP, y que hubiera previsto alguna alternativa a la salida del territorio nacional.

Si lo que pretende el legislador es la expulsión generalizada de extranjeros condenados sin tener en cuenta cuestiones de política criminal, que es lo que parece intuirse de la redacción del precepto estudiado, hubiera sido deseable que se acogiera un sistema más flexible que permitiera al extranjero cumplir parte de la pena en su país, aun sin llegar a la tercera parte de la condena o sin acceder al tercer grado penitenciario, con arreglo al principio de reciprocidad que en virtud de acuerdos internacionales se pudieran celebrar con otros países, y no proceder sin más a su expulsión tras un cumplimiento considerable de la misma.

2.2.4.3 Consecuencias aparejadas a la expulsión e incumplimiento

Tras acordarse la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional el extranjero no podrá regresar a España en el plazo que se determine, que oscilará entre los cinco y los diez años, a contar desde que se materialice la expulsión. Además, el art. 89 del CP prevé que la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo con el que se pretendiera conseguir la autorización para residir o trabajar en España.

Si el extranjero cuya pena ha sido sustituida por la expulsión regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido jurídicamente, cumplirá las penas que le fueron sustituidas y si fuera sorprendido en la frontera, se procederá a su expulsión de forma directa por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en España en su integridad.

Es posible que una vez acordada la expulsión sustitutiva ésta no se pueda llevar a efecto, en cuyo caso se procederá a la ejecución de la pena inicialmente impuesta o del

período que quedara pendiente de cumplimiento, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución o su sustitución en los términos del art. 88 del CP.

Por último, hay que poner de manifiesto que en ningún caso las disposiciones del art. 89 del CP se aplicarán a los extranjeros condenados por uno de los delitos previstos en los arts. 312, 313 y 318 bis del CP²⁷⁸.

Parece que la voluntad del legislador es desincentivar el regreso del extranjero a nuestro país, una vez que se ha materializado la expulsión, lo que es coherente para evitar fraude de ley que supondría que una vez producida la salida de España el extranjero regresara.

Por otra parte, llama la atención, como bien recuerda MANZANARES SAMANIEGO²⁷⁹, que el art. 197.2 del Reglamento Penitenciario²⁸⁰ se refiera a la

²⁷⁸ El art. 312 del CP castiga con penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses “a los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. El art. 313 del mismo texto recoge que: “El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior” y por último, el art. 318 bis bajo la rúbrica Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros establece que: “1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión. 2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior. 3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) y g) del apartado 7 del artículo 33. 5. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada”.

²⁷⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Suspensión, sustitución y ejecución de la pena de prisión”, en *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008, pág. 95.

²⁸⁰ En dicho precepto se recoge que: “2. Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el art. 89 del Código Penal, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal

“medida de expulsión prevista en el art. 89 del CP” y que dicho precepto no la califique de ese modo ni tampoco la conecte con la libertad condicional que sí efectúa el número 1 y el número 2 del artículo 197 del Reglamento Penitenciario²⁸¹.

En la afirmación recogida en el art. 89.3 del CP, *“la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España”*, se hace depender el archivo del procedimiento administrativo por el que se solicita permiso de residencia o de trabajo de la expulsión material y no de la resolución en la que se acuerda, lo que exigirá que una vez efectuada la misma se deba remitir un testimonio del documento en el que se haga constar a la autoridad administrativa que esté tramitando dichas autorizaciones.

Resulta llamativamente cuestionable la previsión del art. 89.6 del CP por la que si el extranjero no queda privado de libertad por el hecho delictivo por el que ha resultado condenado, sí pueda quedar internado en un centro de extranjeros para garantizar su expulsión, aún con la posibilidad de que transcurrido el límite legal de estancia en dicho centro no pueda materializarse su expulsión y sin que se contemple si es computable o no, a efectos de condena, el tiempo efectivo pasado en dicho lugar.

Respecto a los delitos que quedan excluidos de las previsiones del art. 89, éste precepto se refiere a los tipificados en los arts. 312, 313 y 318 bis del CP, no se entiende que excluya aquellos, pero no otros que pudieran ser más graves como los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, los relativos a la prostitución y la corrupción de menores, delitos contra la salud pública...etc.

Sería deseable, además, que en el caso de que el condenado hubiera cometido un delito relacionado con la violencia de género, se informara a la víctima si el agresor ha

las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y tres cuartas partes de su condena o condenas”.

²⁸¹ El número 1 del art. 197 del Reglamento Penitenciario establece que: *“En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado, la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna”.*

sido expulsado de España, pues no hay que olvidar que en muchos casos el agresor y la víctima pueden compartir nacionalidad y aquella se encontrará desprotegida al volver a su país de origen por vacaciones o para ver a su familia; por lo que sería necesario que se articularan instrumentos para hacer valer las penas de prohibición de aproximación y no comunicación fuera de nuestro país.

2.3 Tipos penales

Aunque las modificaciones legales operadas en nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente a la violencia de género han sido duramente criticadas²⁸², lo cierto es que representan un buen punto de partida y que, como toda realidad dinámica, deben ser revisadas y mejoradas²⁸³, hasta alcanzar una cota aceptable que plante cara a esta afrenta por razón del sexo de la persona que la sufre. Aunque la mujer no es la única

²⁸² Desde la LO 11/2003, de 29 de septiembre hasta llegar a la LO 1/2004, de 28 de diciembre. Véase a modo de ejemplo las reflexiones realizadas por FERNÁNDEZ PÉREZ, P., “Legitimación de la intervención punitiva frente a la violencia contra la mujer. Posibles soluciones frente al automatismo punitivo” en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, págs. 130 y ss.; LARRAURI PIJOÁN, E., y ANTÓN GARCÍA, L., “Violencia de género ocasional: un análisis de las penas ejecutadas”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 2, Número 7, 2009; GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., “Cuestiones generales sobre igualdad, violencia y violencia de género en política criminal” en FERNÁNDEZ SANTIAGO P., GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., GOIG MARTÍNEZ, J. M. y SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Violencia de género e igualdad (Aspectos jurídicos y sociológicos)*, Universitas, Madrid, 2014, págs. 87 a 89 o REY MARTÍNEZ, F., “Protección penal desigual y violencia de género” en *Cuestiones Actuales de la Protección de la Vida y la Integridad Física y Moral*. HUERTA TOCILDO, S. y PÉREZ MANZANO, M., (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 135, donde llega a señalar incluso que “...por muy abominable que sea el delito que cometa una persona, ello no le acarrea la extinción automática de todos sus derechos fundamentales...” o GÓMEZ RIVERO, M. C., “El presunto injusto de los delitos contra la violencia de género”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 113 y 114, quien señala con rotundidad que: “...A la vista de todo lo anterior no cabe más que concluir que si se quiere ser respetuoso con el juego de las competencias propias del legislador, no cabe llegar más que a la irremediable conclusión de que el artículo 153 del Código penal, por chocar frontalmente tanto con principios sustantivos-como el de culpabilidad-, como con garantías procesales-como la presunción de inocencia-, debería ser desterrado del articulado del Código penal...”; COLL-PLANAS, G.; GARCÍA-ROMERAL MORENO, G.; MAÑAS RODRÍGUEZ, C. y NAVARRO-VARAS, L., “Cuestiones sin resolver en la Ley integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género, y entre violencia y agresión”, *Papers*, nº 87, 2008.

²⁸³ Como ya se recogía en la Exposición de Motivos del CP vigente en donde se dice que “No se pretende haber realizado una obra perfecta, sino, simplemente, una obra útil...” y como tal es de duración limitada si se pretende que siga adaptándose a la realidad social, en constante cambio permanente. Así también en CALVO GARCÍA, M., “La violencia de género ante la Administración de Justicia. Primeros apuntes sobre la implementación de la LO 1/2004”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007, págs. 77 y ss., y en CALVO GARCÍA M., “Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 17 y ss.

destinataria de estas desigualdades²⁸⁴, sí es de las que más soporta esta carga hasta unos límites difícilmente tolerables e injustificables²⁸⁵ y es necesario un gran esfuerzo, no solo legislativo²⁸⁶ sino también político y social para combatir las mismas²⁸⁷.

A la hora de recabar los distintos tipos penales que protegen a las mujeres, como sujetos pasivos, frente a las distintas conductas delictivas por parte de sus cónyuges, excónyuges, parejas o exparejas sentimentales, sujeto activo varón, se observa que en ninguno de los tipos penales se recoge un especial ánimo de dominación o una situación de superioridad del varón hacia la mujer, lo cual lleva a plantearse si, a pesar de ser esa la admisión de la justificación de la llamada por muchos pero negada por el TC, discriminación positiva en la LO 1/04, de 28 de diciembre, sería posible castigar como falta del art. 617 del CP, y no como delito los supuestos en los que no se aprecie, *a priori*, esa situación de desigualdad entre el sujeto activo y el pasivo e incluso si dicha situación de superioridad o de dominación seguiría justificando el mayor reproche punitivo que llevaría a penar la conducta delictiva como delito y no como falta en los supuestos de agresiones recíprocas entre los miembros de la pareja²⁸⁸. La respuesta a esta cuestión ya la analizamos al estudiar la constitucionalidad de la LIVG y la STC nº 59/2008, de 14 de mayo, en la que se concluyó, como ya señalé, que el legislador aprecia un mayor desvalor y gravedad en la conducta realizada por el hombre en el seno de la pareja o entre exparejas, pues dichos actos delictivos se producen en ciertos

²⁸⁴ Como bien recoge PERAMATO MARTÍN, T., *Desigualdad por razón de orientación sexual e identidad de género, homofobia y transfobia*, Aranzadi, Navarra, 2014.

²⁸⁵ Como bien sintetiza SAN SEGUNDO MANUEL, T., “Impacto de la violencia de género”, en FERNÁNDEZ SANTIAGO P., GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., GOIG MARTÍNEZ, J. M. y SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Violencia de género e igualdad (Aspectos jurídicos y sociológicos)*, Universitas, Madrid, 2014, págs. 123 y ss.

²⁸⁶ El cual terminó aprobando la LIVG con una unanimidad ficticia o estratégica opinión que comparto con SÁNCHEZ YLLERA, I., “El maltrato no habitual en pareja agravado por razón de género”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, nº 12, 2012.

²⁸⁷ Así lo contemplan también MONTERO DE ESPINOSA RODRÍGUEZ, N., “Los instrumentos de valoración del daño en la violencia de género”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007, pág. 55; CAMARERO BENITO, S., “Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, págs. 15 y ss; CAMARERO BENÍTEZ, S., “Aspectos sustantivos penales y civiles de la ley integral contra la violencia de género. Balance de su aplicación (comunicación)”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, págs. 75 y ss.

²⁸⁸ Como es el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona nº 428/09, de 30 de septiembre de 2009, en la que resultó condenado el Juez Decano de Barcelona por una falta de lesiones y no en virtud del art. 153 del CP al seguirse en dicho Juzgado el criterio finalístico en el delito de maltrato en el ámbito familiar.

parámetros de desigualdad tan arraigados que producen graves consecuencias: inseguridad, intimidación y menosprecio y porque, como ya apuntaba LARRAURI PIJOÁN²⁸⁹, por el mayor temor que supone la agresión del hombre y por la mayor posibilidad de que se produzca un resultado lesivo, por lo que, según mi opinión, no sería posible castigar como falta dichas conductas ni tampoco hablar de “agresiones mutuas” porque para poder emplear este término los sujetos deben encontrarse en una situación de igualdad, que en violencia de género no se produce. Además, como ya señalé en su momento, el reparto de roles que se da entre los miembros de la pareja hace que la misma actúe desde un plano de subordinación que provoca que su capacidad de defensa se encuentre reducida.

Una vez sentado lo anterior, procede entrar a analizar ya, sin mayor dilación, los distintos tipos penales que recogen un amplio espectro de protección, entre los que se distingue:

2.3.1 Protección contra las lesiones

El tipo básico de este delito aparece recogido en el art. 147 del CP y castiga a:

“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”.

Este precepto, en mi opinión es uno de los grandes olvidados a la hora de estudiar los delitos relacionados con la violencia de género puesto que, con frecuencia, se cae en la tentación de centrarse casi exclusivamente, en el art. 153 del CP o en el art. 173.2 del CP y no se repara en el mismo, lo cual no es acertado si tenemos en cuenta que cuando se produzca una agresión que provoque una lesión que precise para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico,

²⁸⁹ LARRAURI PIJOÁN, E., “Desigualdades sonoras, silenciosas...” ob. cit., pág. 44 y 45.

es potestativo que el Juez o Tribunal castigue dicha conducta conforme el art. 148.4 del CP²⁹⁰ (recuérdese el precepto señala “podrán ser castigadas”) pero no obligatorio por lo que podrá decidir castigar la misma también con arreglo al art. 147.1 o incluso, si es de menor gravedad, conforme al art. 147.2 del CP. De ello se deduce, y definiendo, que las conductas castigadas en el art. 148 del CP no son independientes de las del art. 147 del CP, por dos motivos: en primer lugar, porque el propio art. 148 se refiere a “las lesiones previstas en el apartado 1º” y en segundo lugar, por el carácter potestativo de la expresión “podrán ser castigadas” que implica que en el caso de no optarse por esta vía punitiva deberán castigarse conforme al art. 147 del CP. Todo ello conlleva además, que el Juez o Tribunal para poder castigar una conducta conforme al art. 148 del CP debe comprobar que la misma reúne previamente los elementos del art. 147 del CP.

Esto, por tanto, no es una cuestión baladí y deberá tenerse en cuenta a la hora de realizar la calificación jurídica del hecho pues si sólo se solicita la imposición de la pena conforme el art. 148.4 del CP sin la alternativa del art. 147.1 o 147.2 del CP, podría suceder que el Juez o Tribunal, si no aprecia una gravedad suficiente en las lesiones cometidas como para ser castigadas conforme al art. 148.4 del CP, castigara solamente en atención al art. 147 del CP sin apreciar la agravante de parentesco del art. 23 del CP²⁹¹, al considerar esto último contrario al principio acusatorio. Dicha situación es la que se producía hasta hace bien poco en la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se rechazaba el recurso de apelación planteado por el Ministerio Fiscal por indebida inaplicación del art. 23 del CP, tras las sentencias dictadas por algunos Juzgados de lo Penal de la capital especializados en violencia de género, en la que entendían que las lesiones calificadas por el Ministerio Fiscal conforme al art. 148.4 del CP que no contaban con una especial gravedad por el resultado producido, debían ser condenadas conforme al delito de lesiones del art. 147.1 del CP, sin aplicar la agravante de parentesco del art. 23 del CP al no recogerse expresamente en el escrito de acusación y

²⁹⁰ Porque el sujeto pasivo coincide parcialmente con el del art. 153. 1 del CP (si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia) y deja el caso de que la lesión afecte a personas especialmente vulnerables el 148.5 del CP.

²⁹¹ Bastantes interesantes me parecen las reflexiones efectuadas al efecto por SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Prevaricación y tensiones sustantivo-procesales”, en http://www.indret.com/pdf/editorial_1.pdf, última visita el 2 de marzo de 2015 y de AGUILAR AVILÉS, D., “Algunas consideraciones generales sobre la tesis de desvinculación procesal II” en Indret Penal, Revista para el Análisis del Derecho, http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14067 última consulta, 2 de marzo de 2015.

ello, a pesar de que dicha circunstancia está expresamente implícita en el art. 148.4 del CP (si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia).

Los recursos del Ministerio Fiscal frente a dichas resoluciones solicitaban la nulidad del juicio oral en base al art. 238.3 de la LOPJ²⁹² y se basaban en la arbitrariedad manifiesta seguida por el Juzgador y en la indebida aplicación del art. 23 del CP que provocaba una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, al amparo del art. 790.2 de la LECrim²⁹³. En virtud de la SAP 216/2013, de 14 de febrero, Sección 27ª, rollo de apelación 804/2012²⁹⁴ *“aunque el Ministerio Fiscal no invocase de forma expresa dicha circunstancia agravante en la medida en que acusaba por el artículo 148.4 CP, al hacerlo estaba introduciendo en el debate procesal tanto los elementos fácticos que conforman la agravación (relación de pareja existente entre autor y víctima) como el efecto agravatorio que del mismo interesaba. Es decir, el Fiscal no introdujo “expresamente” la aplicación de la agravante de parentesco, pero si había pedido la aplicación del “subtipo agravado” del art. 148.4 CP: pidió la aplicación del subtipo específico (lo más) lo que conlleva, por su homogeneidad, la petición de la agravante genérica (lo menos), siendo que la homogeneidad resulta de que no se han variado los hechos, existiendo una identidad de razón entre ambas circunstancias modificativas...siendo que en absoluto se vulnera con ello ni el principio acusatorio ni el derecho de defensa del acusado que en todo momento ha tenido conocimiento pleno tanto de los hechos, también por lo que a esta*

²⁹² Según dicho precepto: “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 3. Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esta causa, haya podido producirse indefensión”.

²⁹³ Según el mismo: “El escrito de formalización del recurso se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, y en él se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de las normas del ordenamiento jurídico en las que se basa la impugnación. El recurrente también habrá de fijar un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia.

Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas, y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en que fuere ya imposible la reclamación”.

²⁹⁴ Ponente De la Mata Amaya, EDJ 2013/46920.

concreta cuestión respecta, que se imputaban como de los efectos (en este caso agravatorios) que los mismos provocaban sobre su responsabilidad penal... ”.

El TS hizo lo propio en la STS nº 103/2007, de 16 de febrero²⁹⁵ al indicar su fundamento de derecho 2º que: *“La circunstancia 4ª, que ya no es necesaria para alumbrar el subtipo, ha de actuar como genérica, si queremos que las previsiones punitivas del legislador alcancen los objetivos previstos por éste, incorporando al hecho todo el desvalor de aquellos aspectos que normativamente han merecido un concreto reproche desvalorativo con su traducción en la pena. Si las circunstancias cualificativas o complementos típicos generadores de los distintos subtipos agravados no tuvieran su correspondencia en las circunstancias modificativas genéricas, resultarían consumidas en el subtipo mismo sin posibilidad de influir de forma reglada sobre la pena, sin perjuicio de que el tribunal de instancia las pueda considerar como circunstancias del hecho a efectos de individualizarla. Pero cuando tienen su prevalencia en el catálogo de circunstancias modificativas genéricas, debe acudirse a las mismas, pues ante la posibilidad formal de actuar como subtipos o como circunstancias modificativas, configurando ya el subtipo con otra cualificación, el art. 8.4º CP impone la necesidad de contemplar toda la energía o virtualidad punitiva que el legislador estableció... ”.*

A pesar de que la sentencia del TS mencionada fuera de 2007 hubo que esperar bastante para que la AP de Madrid se hiciera eco de la misma y admitiera la agravante del art. 23 en los delitos de lesiones cuando no entendía aplicable el art. 148.4 CP y sí el art. 147 CP, sin necesidad de su mención expresa como alternativa en los escritos de calificación.

La cuestión en torno a cuál es el **bien jurídico protegido** en estos casos no es pacífica entre la doctrina pues hay quienes consideran que el objeto protegido es la salud física/psíquica y la integridad corporal como bienes jurídicos distintos (tesis dualistas) y hay quienes lo consideran como un solo bien jurídico pero en un sentido amplio (tesis monistas)²⁹⁶.

²⁹⁵ Ponente Soriano Soriano, EDJ 2007/18014.

²⁹⁶ Como refleja GÓMEZ MARTÍN, V., “Comentarios a los arts. 147 a 156 bis” en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORDOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 349, al considerar que el bien jurídico protegido es la salud individual en un

Para TAMARIT SUMALLA²⁹⁷, aunque no existe acuerdo en la doctrina española y comparada, parece que el art. 147 del CP opta por un sistema dualista al definir la lesión como “*menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental*”, sin que ello impida seguir manteniendo la tesis monista dominante en la doctrina que considera que nos encontramos ante dos manifestaciones del mismo bien jurídico, apoyándose en el hecho de que la doble afectación a la salud y a la integridad corporal no se ha traducido en una agravación punitiva, ni en que los partidarios de las tesis dualistas hayan acudido al concurso de delitos en los casos de doble afectación.

En la misma línea encontramos a MUÑOZ CONDE²⁹⁸ quien entiende que el bien jurídico protegido es la integridad corporal y la salud física o mental.

DÍEZ RIPOLLÉS²⁹⁹, siguiendo el mismo criterio, defiende que el bien jurídico protegido con el delito de lesiones comprende no sólo los menoscabos sufridos a la integridad física sino también los provocados a la salud física o mental.

MARTÍN AGRAZ³⁰⁰ estima que nos encontramos ante un delito de carácter pluriofensivo en el que se protege la integridad física y psíquica, la integridad personal, la pacífica convivencia doméstica, la paz familiar, la evitación de situaciones de abuso de poder, de dominio o desigualdad...etc.

En sentido contrario VIVES ANTÓN, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ³⁰¹ parten de un

sentido global, tal y como la entiende la OMS, y subjetivo, en el sentido de bienestar físico y psíquico, no como pronóstico de vida.

²⁹⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las lesiones” en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) y MORALES PRATS, F., (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 96 y 97.

²⁹⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 104.

²⁹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de lesiones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 22 y ss; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol. 1, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., y GRACÍA MARTÍN, L., (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 330 y ss; y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones” en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*, Vol. I, Valencia Universitat, 1998, págs. 705 a 727.

³⁰⁰ MARTÍN AGRAZ, P., *Tutela penal de la violencia de género y doméstica*, Bosch, 2011, pág. 37.

³⁰¹ VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 131 y ss.

sistema monista y consideran que nos encontramos con dos manifestaciones de un único bien jurídico protegido, la salud física o mental.

En mi opinión, partiendo del tenor del artículo 147 del CP y siguiendo un criterio dualista, considero que el bien jurídico protegido es la integridad corporal y la salud física o mental, pues parece que el CP ha querido dejar clara tal distinción cuando castiga “*al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental*” diferenciando, por tanto, dentro del tipo penal la integridad corporal como algo distinto de la salud física y de la salud mental, que son los que se verán afectados en el resultado típico de la conducta.

Respecto al **sujeto activo** puede ser cualquier persona imputable distinta del sujeto pasivo puesto que el CP se refiere al que “causare a otro” y **el sujeto pasivo, y objeto material del delito** lo será todo ser humano con vida independiente³⁰², es decir, separado del seno materno pues las lesiones al feto se castigan de forma específica en el Tit. IV, artículos 157 y 158 del CP.

Respecto a la **conducta típica**, se trata de un delito de resultado material y como señala MUÑOZ CONDE³⁰³ la conducta lesiva puede producirse “*por cualquier medio o procedimiento*” lo que abarca no sólo la acción en sentido estricto sino también la comisión por omisión, en los casos en los que exista posición de garante e incluso mediante forma nutricia; es decir, el suministro de sustancias o bebidas nocivas, o el contagio de cualquier enfermedad³⁰⁴ y el resultado consiste en la causación de una

³⁰² RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., “Artículo 147 del CP”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Dir.) y MARTÍNEZ GUERRA, A., (coord.), *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, 4ª Ed., Las Rozas (Madrid), 2011, pág. 687 distingue en este delito entre el sujeto pasivo y objeto material. Dicho autor excluye de los posibles sujetos pasivos al Rey, a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia o al Príncipe heredero de la Corona, castigadas en el art. 486 del CP pero no así las lesiones que se puedan causar a cualquier Jefe de Estado extranjero, castigadas en el art. 605 del CP, las producidas durante un conflicto armado que están expresamente tipificada en el art. 609 del CP. Con ello entiendo que la distinción efectuada dentro del sujeto pasivo, entendiendo como tal todo aquel distinto del Rey, de sus ascendientes, descendientes, Reina consorte, consorte de la Reina, Regente, miembro de la Regencia o Príncipe heredero de la Corona, en mi opinión no es correcta pues si pretendía hacer una definición por exclusión, ¿por qué no se refirió también al Jefe de Estado extranjero, a las producidas durante un conflicto armado...etc? Quizás se deba a una mera omisión u olvido pero en todo caso no considero necesaria dicha especificación.

³⁰³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* ob. cit., pág. 106.

³⁰⁴ STS nº 30 de marzo de 1987, ponente Vivas Marzal, EDJ 1987/2498; STS nº 726/2004, de 4 de junio, ponente Andrés Ibáñez, EDJ 2004/259911 y STS nº 1218/2011, de 8 de noviembre, ponente Granados Pérez, EDJ 2011/280646, entre otras.

lesión que requiera objetivamente, para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico como señala el propio tipo delictivo³⁰⁵.

La distinción entre el delito del art. 147 del CP y la falta del art. 617 del CP viene dado por dos elementos: **a) Elemento cualitativo**, que consiste en la entidad del resultado lesivo al bien jurídico protegido. Si la reparación del mismo ha necesitado o no tratamiento médico o quirúrgico y **b) Elemento cuantitativo**, la realización en el plazo de un año de cuatro faltas del art. 617 del CP, lo que plantea en la práctica el problema de su cómputo al no existir un registro penal para las faltas y otro relacionado con el principio de “*non bis in idem*”, pues los distintos hechos ya penados como falta acabarían siendo penados como delito.

Siguiendo la anterior distinción, para que la conducta pueda ser calificada como delito es necesario que la lesión requiera para su sanidad, como ya he precisado, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

Si jurisprudencialmente la **asistencia facultativa** es un diagnóstico inicial o una exploración médica³⁰⁶, se entiende por **tratamiento médico** la planificación de todo un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina, con finalidades curativas³⁰⁷ o aquel sistema o método que se utiliza para curar una enfermedad o traumatismo o para reducir sus consecuencias, si no fuera curable, quedando excluidas las medidas de cautela o prevención (STS nº 262/1993, de 6 de

³⁰⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las lesiones...”, ob. cit., pág. 101.

³⁰⁶ STS 1689/2001, de 27 de septiembre, ponente Soriano Soriano, EDJ 2001/33625; STS nº 898/2002, de 22 de mayo, ponente Soriano Soriano, EDJ 2002/19882. En esta se diferencia la asistencia facultativa del tratamiento médico en los siguientes términos: “*la primera asistencia facultativa equivale al inicial diagnóstico o exploración médica. Hecha la cual, si el facultativo, entiende que no es preciso el sometimiento del lesionado a “tratamiento médico o quirúrgico” alguno, la calificación de las lesiones debe relegarse a la categoría jurídica de falta, aunque se dispensen atenciones curativas “ad hoc” (desinfecciones, vendajes, etc.). Sólo persistirá el carácter delictivo en aquellos casos excepcionales en que la naturaleza del resultado aboque a una subsunción de los hechos en otro precepto más grave dentro del capítulo de las lesiones (v.g. pérdida de piezas dentarias o deformidad de otra naturaleza), aunque sea difícil concebir la innecesariedad de tratamiento médico en estos casos. Por tratamiento médico se entiende la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina, con finalidades curativas. Por tratamiento quirúrgico debe entenderse la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o cirugía menor), que sea objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones...*” o la STS nº 1021/2003, de 7 de julio, ponente Soriano Soriano, EDJ 2003/80542, entre otras.

³⁰⁷ Según la STS nº 1021/2003, de 7 de julio, ponente Soriano Soriano, EDJ 2003/80542.

febrero³⁰⁸), la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión y los supuestos en que la lesión sólo requiera objetivamente para su sanidad una primera asistencia facultativa (STS nº 1089/1999, de 2 de julio³⁰⁹ y STS nº 1895/2000, de 11 de diciembre³¹⁰). El **tratamiento quirúrgico** supone la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o cirugía menor), que sea objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones³¹¹ existiendo siempre que se actúa médicamente sobre el cuerpo del paciente de forma agresiva, como ocurre cuando se abre, se corta, se extrae o se sutura, es decir, siempre que la curación se persigue mediante la intervención directa en la anatomía de quien la recibe³¹².

De la definición de tratamiento médico se desprende la necesidad de que el mismo sea requerido objetivamente, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o la propia víctima. Además, debe trascender de la primera asistencia facultativa, como acto médico separado, y no se integra por la dispensada para efectuar simples vigilancias o seguimientos facultativos³¹³ con independencia de que el enfermo haya seguido o no las prescripciones establecidas para su curación³¹⁴.

Dentro de los procesos curativos que reciben la consideración de tratamiento médico o quirúrgico se incluye cualquier operación que necesite cirugía reparadora y que suponga la necesidad de aplicar puntos de sutura así como la utilización de dispositivos médicos destinados a inmovilizar elementos óseos del cuerpo con férulas

³⁰⁸ Ponente Ruíz Vadillo, EDJ 1993/1016.

³⁰⁹ Ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1999/13852.

³¹⁰ Ponente Conde-Pumplido Tourón, EDJ 2000/49867. Véase también las STS nº 787/1997, de 3 de junio, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 1997/5176, STS de 9 de febrero de 1996, ponente Puerta Luis, EDJ 1996/704

³¹¹ Según la STS nº 1021/2003, de 7 de julio, ponente Soriano Soriano, EDJ 2003/80542.

³¹² STS nº 747/2008, de 11 de noviembre, ponente Puerta Luis, EDJ 2008/222315.

³¹³ STS nº 389/2014, de 12 de mayo, ponente Palomo del Arco, EDJ 2014/80024.

³¹⁴ STS nº 477/2009, de 10 de noviembre, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2009/265718, STS nº 479/2003, de 31 de marzo, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2003/25254 y STS nº 523/2002, de 22 de marzo, ponente Moner Muñoz, EDJ 2002/9822, entre otras muchas.

de contención³¹⁵, la colocación de collarines cervicales³¹⁶, tratamientos de rehabilitación aunque tengan que ser realizados por el propio paciente como un comportamiento a seguir³¹⁷, la práctica de endodoncias³¹⁸, inmovilización de un dedo³¹⁹, la rotura de prótesis³²⁰, fracturas³²¹, tratamiento de antibioterapia y curas locales en globos

³¹⁵ STS nº 259/1997, de 28 de febrero, ponente Soto Nieto, EDJ 1997/1526; STS nº 593/1998, de 30 de abril, ponente Jiménez Villarejo, EDJ 1998/2642; STS nº 413/1992, de 28 de febrero, ponente Martín Pallín, EDJ 1992/1895; STS nº 423/1994, de 2 de marzo, ponente Martín Canivell, EDJ 1994/1887; STS nº 865/1996, de 14 de noviembre, ponente Puerta Luis, EDJ 1996/8641; STS nº 225/1998, de 23 de febrero, ponente García Ancos, EDJ 1998/1280; STS nº 1443/1993, de 18 de junio, ponente Cotta Márquez de Prado, EDJ 1993/5971, STS nº 1785/1993, de 13 de julio, ponente Martín Canivell, EDJ 1993/7047; STS 1556/2001, de 10 de septiembre, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2001/26948, STS nº 898/2992, de 22 de mayo, ponente Soriano Soriano, EDJ 2002/19882 y STS nº 1454/2002, de 9 de diciembre, ponente Giménez García, EDJ 2002/35928.

³¹⁶ STS nº 1441/2004, de 9 de diciembre, ponente Giménez García, EDJ 2004/229468; STS nº 1089/1999, de 2 de julio, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1999/13852; STS nº 770/1997, de 24 de octubre, ponente García Ancos, EDJ 1997/7856; STS nº 1395/1997, de 18 de noviembre, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1997/8520; STS nº 523/2002, de 22 de marzo, ponente Moner Muñoz, EDJ 2002/9822; STS nº 408/1995, de 21 de marzo, ponente Delgado García, EDJ 1995/1120; STS nº 256/2001, de 23 de febrero, ponente Martín Canivell, EDJ 2001/3224, STS nº 346/2001, de 25 de abril, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2001/5106, STS 1454/2002, de 13 de septiembre, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2002/35928 y STS nº 479/2003, de 31 de marzo, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2003/25254, por todas.

³¹⁷ STS nº 1556/2001, de 10 de septiembre, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2001/26948; STS nº 1835/2000, de 1 de diciembre, ponente García-Calvo y Montiel, EDJ 2000/44228; STS nº 1632/2000, de 14 de enero de 2000, ponente Marañón Chávarri, EDJ 2000/445, STS nº 625/2002, de 10 de abril, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2002/9886 y STS nº 1518/2005, de 19 de diciembre, ponente Delgado García, EDJ 2005/225085, entre otros.

³¹⁸ ATS nº 344/2002, de 11 de febrero, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2002/51578; ATS nº 296/2012, ponente Marchena Gómez, EDJ 2012/24667; STS nº 527/2002, de 14 de mayo, ponente Jiménez Villarejo, EDJ 2002/16908, entre otros.

³¹⁹ Siempre que esté prescrita por un médico así STS nº 1895/2000, de 11 de diciembre, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 2000/49867; STS nº 1200/1994, de 2 de junio, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1994/5092; STS nº 333/1996, de 22 de abril, ponente García-Calvo y Montiel, EDJ 1996/4871; STS de 9 de febrero de 1996, ponente Puerta Luis, EDJ 1996/704; STS nº 1259/1997, de 20 de octubre, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 1997/7881 y STS nº 757/1998, de 26 de mayo, ponente Vega Ruíz, EDJ 1998/5855, entre otros.

³²⁰ STS nº 1486/2002, de 19 de septiembre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2002/35945, en la que se señala que: *“hay pérdida de la prótesis porque existe una lesión previa en la zona de su implantación que precisa un tratamiento antiinflamatorio y además el subsiguiente de reimplantación de aquella”*.

³²¹ Teniendo en cuenta que las mismas implican *“la necesidad de un diagnóstico médico y de una orientación médica de la curación ...y que ambos constituyen un tratamiento médico...A los efectos de este tipo penal el tratamiento médico es un elemento externo de la lesión que viene a determinar su gravedad como “menoscabo de la salud” y es por ello que cuando la verdadera gravedad de la lesión debe ser establecida mediante un médico...y su cura depende de directivas dadas por un médico no pueden existir dudas de que estamos ante circunstancias que se subsumen ante el concepto de tratamiento médico...según la STS nº 1003/1996, de 12 de diciembre, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 1996/9159. También la STS nº 1259/1997, de 21 de octubre, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 1997/7881 y la STS nº 757/1998, de 26 de mayo, ponente Vega Ruíz, EDJ 1998/5855.*

oculares³²², la aplicación de puntos de sutura aunque la retirada de los mismos los efectúe el propio lesionado³²³, por cuanto que se trata de una actividad médica reparadora con uso de mecanismos quirúrgicos, aunque se considere cirugía menor, pues requiere la aproximación de los bordes de la herida hasta que el tiempo restaura los tejidos en tal posición. Respecto el uso de tiritas de aproximación o steri-strip, el TS señala que habrá que estar al caso concreto y ver si esa intervención facultativa habría de considerarse o no asistencia médica de cirugía menor semejante a la sutura con puntos³²⁴. También se incluye la intervención médica dispensada en los casos de fisura del tabique nasal³²⁵, leve desviación del tabique nasal³²⁶ o rotura de tímpano³²⁷. En el caso de la fractura de huesos propios de la nariz el TS la encuadra del tipo de lesiones del art. 147 del CP al considerar que *“constituye una lesión traumática que altera la configuración de la anatomía humana y que necesita ser tratada mediante actos*

³²² STS 1427/2004, de 10 de diciembre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2004/234874.

³²³ Según la STS nº 47/2006, de 26 de enero, ponente Delgado García, EDJ 2006/6341; STS nº 524/2006, de 28 de abril, ponente Granados Pérez, EDJ 2006/65299 que considera tratamiento quirúrgico la aplicación de puntos de sutura en cuanto que se trata de una actividad médica reparadora con uso de mecanismos quirúrgicos, aunque se considere una cirugía menor; STS nº 1199/2006, de 11 de diciembre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2006/325644 que añade que *“...ha de considerarse tratamiento quirúrgico aunque sea por cirugía menor, pues, por uno u otro sistema, requieren la aproximación de los bordes de las heridas hasta que el transcurso del tiempo restaura los tejidos en tal posición...”*; STS nº 871/2008, de 17 de diciembre, ponente Soriano Soriano, EDJ 2008/243994; y más antiguas como la STS nº 413/1992, de 28 de febrero, ponente Martín Pallín, EDJ 1992/1895; STS nº 892/1995, de 12 de julio, ponente Vega Ruíz, EDJ 1995/3583; STS nº 1027/1996, de 16 de diciembre, ponente Soto Nieto, EDJ 1996/8995; STS nº 259/1997, de 28 de febrero, ponente Soto Nieto, EDJ 1997/1526; STS nº 1014/1997 de 9 de julio, ponente Moner Muñoz, EDJ 1997/4837; STS nº 880/1997, de 13 de junio, ponente Martín Pallín, EDJ 1997/5182; STS nº 225/1998, de 23 de febrero, ponente García Ancos, EDJ 1998/1280; STS nº 270/1998, de 26 de febrero, ponente Vega Ruíz, EDJ 1998/666; STS nº 593/1998, de 30 de abril, ponente Jiménez Villarejo, EDJ 1998/2642; STS nº 757/1998, de 26 de mayo, ponente Vega Ruíz, EDJ 1998/5855; STS nº 1470/2000, de 29 de septiembre, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 2000/30312; STS nº 806/2001, de 11 de mayo, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2001/11727; STS nº 1681/2001, de 26 de septiembre, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2001/31207; STS nº 1021/2003, de 7 de julio, ponente Soriano Soriano, EDJ 2003/80542; STS nº 1363/2005, de 14 de noviembre, ponente Granados Pérez, EDJ 2005/207224 que sentencia que la necesidad de aplicar grapas que equivalen a puntos de sutura también se considera tratamiento quirúrgico.

³²⁴ Según STS nº 393/2010, de 22 de abril, ponente Delgado García, EDJ 2010/71275.

³²⁵ STS nº 1392/1997, de 19 de noviembre, ponente Martínez-Pereda Rodríguez, EDJ 1997/9945 puesto que se precisa para *“evitar al paciente los dolores, las molestias de la inflamación y la continuación de la hemorragia. Ello solo se puede lograr mediante la prescripción médica de los medicamentos adecuados y de la taponación de nariz a que fue sometida la víctima...”*.

³²⁶ STS nº 494/2006, de 30 de marzo, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2006/65300.

³²⁷ STS nº 1481/2004, de 21 de diciembre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2004/234847.

*médicos de carácter correctivo que tiendan a restaurar la estructura de los huesos tratando de consolidar su fractura y restituyéndolos a su situación natural*³²⁸.

No recibe el calificativo de delito sino de falta la producción de hematomas, la prescripción de ansiolíticos y de ayuda psicológica por stress postraumático³²⁹ o la toma de analgésicos durante un breve espacio de tiempo³³⁰ y en general, toda lesión que sólo precise una primera asistencia facultativa sin requerir tratamiento médico o quirúrgico en los términos señalados.

Según la STS nº 625/2003, de 28 de abril³³¹ *“el elemento subjetivo de lo injusto en el delito de lesiones, constituido por el animus laedendi, se satisface no sólo con el dolo directo o propósito decidido de causar un daño en la salud física o mental de la víctima, sino también con el dolo eventual que concurrirá cuando el agente ha previsto o podido prever el resultado lesivo de su acción como posible y probable y, sin embargo, realiza la acción que lo genera, sin que, por otra parte, sea necesaria una representación mental del concreto resultado dañoso producido, bastando la previsibilidad de ocasionar con la acción ejecutada daños físicos o lesiones psíquicas in genere...”*³³² aunque según la STS nº 340/2008, de 3 de junio³³³ *“no se puede, sin caer en teorías superadas como la del versari in re illicita, el imputar a quien ejerce violencia sobre una persona cualquier resultado lesivo con tal de que sea objetivamente imputable a su acción al margen de la representación mental del resultado...”*.

³²⁸ STS de 1 de marzo de 2002, ponente Martín Pallín, EDJ 2002/3979 y STS nº 929/1999, de 8 de junio, ponente Puerta Luis, EDJ 1999/13749.

³²⁹ STS nº 1436/2004, de 13 de diciembre, ponente García Pérez, EDJ 2004/234834.

³³⁰ STS nº 894/2006, de 13 de septiembre, ponente Puerta Luis, EDJ 2006/275394.

³³¹ Ponente Ramos Gancedo, número de recurso 3418/2001; nº ROJ: STS 2886/2003 e id Cendoj: 28079120012003102744.

³³² En el mismo sentido la STS nº 760/2007, de 21 de septiembre, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2007/159299, en la que se distingue el *animus necandi* del *animus laedendi* y además se refiere al dolo en el delito de lesiones señalando que *“...el elemento subjetivo del delito de lesiones- en cualquiera de sus modalidades- consiste en un dolo genérico de lesionar, o, más de acuerdo con el texto vigente, un dolo de menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima, tanto si ello es directamente querido por el agente como si éste se ha representado mentalmente la posibilidad del resultado y a pesar de ello lo ha aceptado sin abdicar de la acción. Al tratarse de un elemento anímico, el “animus” no es un hecho apreciable por los sentidos y, por ende, y en pura técnica, no tiene por qué figurar en el apartado de la sentencia donde se relatan los HECHOS probados, sino que su concurrencia es la conclusión de un juicio de interferencia deducido de un análisis racional y lógico de los datos fácticos probados que rodean al hecho...”*, fundamento de derecho 1º.

³³³ STS nº 340/2008 de 3 de junio, ponente Martín Pallín, EDJ 2008/124064.

Para BRAGE CENDÁN el dolo, en cualquiera de sus modalidades, debe abarcar, además de la realización de la acción u omisión típica, el causar un menoscabo a la integridad física o la salud física o mental de las personas que requiera, como ya he analizado, además de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico³³⁴.

La realización culposa del tipo básico está castigada como delito en el art. 152.1.1º si se realiza por imprudencia grave, en el art. 152.3 del CP si se producen por imprudencia profesional y como falta del art. 621.3 del CP, cuando tienen lugar por imprudencia leve.

El propio TS se ha pronunciado señalando la diferencia entre la imprudencia grave y el dolo eventual en el delito de lesiones señalando en la STS nº 2235/2001, de 30 de noviembre de 2001³³⁵, que “...”*la diferencia que caracteriza la imprudencia grave del dolo eventual reside en la falta de conocimiento del peligro que concretamente se genera por parte del autor*”, *las circunstancias en las que se desarrollaron los hechos y la propia conducta del acusado ponen de manifiesto que éste tuvo que haber previsto la alta probabilidad del resultado de su acción...*”.

Respecto a los grados de ejecución, cabe la **ejecución imperfecta** del art. 62 del CP y para TAMARIT SUMALLA³³⁶ la referencia en este precepto al “peligro inherente al intento” no plantea problemas de delimitación de la expresión “peligro para la vida o salud del lesionado” del art. 148.1 del CP, pese a la desafortunada extensión de dicho tipo cualificado al peligro para la salud, por lo que cabrá optar por la pena inferior en grado. Además este autor defiende que al no haberse alcanzado el resultado típico, la degradación recogida en el art. 62 del CP deberá efectuarse a partir de la pena prevista en el art. 147.1 y no 147.2 del CP.

Respecto al tipo privilegiado previsto en el art. 147.2 del CP se señala que:

³³⁴ BRAGE CENDÁN, S. B., “Los delitos de lesiones en el CP de 1995”, *Dereito*, Vol. 8, nº 1, 49-69, 1999, págs. 53-54.

³³⁵ Ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 2001/56012.

³³⁶ TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las lesiones...”, ob. cit., pág. 104.

“2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”.

Este precepto opta por una pena muy inferior a la prevista en el párrafo 1º en atención a la menor gravedad por el medio empleado o el resultado producido.

Para TAMARIT SUMALLA ³³⁷, además de obedecer a razones de proporcionalidad este precepto se justifica por dos razones: en primer lugar, porque constituye más para la previsión de penas alternativas a la prisión en el ámbito de la pequeña y mediana criminalidad, por otra, porque la nueva formulación de este tipo privilegiado reduce la inseguridad jurídica del anterior art. 420.2 procediendo a sustituir la atenuación facultativa por la atenuación preceptiva y en una mejor definición de los presupuestos de la misma: “el medio empleado” y “el resultado producido” en lugar de “la naturaleza de la lesión” y “las demás circunstancias del hecho”.

El TS se ha encargado jurisprudencialmente de perfilar cómo debe valorarse la “menor gravedad” del hecho al que se alude en el tipo privilegiado y así a través de diversas sentencias como la STS nº 1481/2004, de 21 de diciembre³³⁸, la STS nº 667/2006, de 20 de junio³³⁹, la STS nº 162/2010, de 24 de febrero³⁴⁰ y la STS nº

³³⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las lesiones...”, ob. cit., pág. 104.

³³⁸ Ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2004/234847 en la que se señala que el art. 147.2 “...en aras de preservar el principio de proporcionalidad, describe un subtipo de lesiones atenuado en relación con el básico tipificado en el apartado primero de dicho art. 147, salvando en lo posible los márgenes de inseguridad jurídica contenidos en el anterior (art. 420.2) y acotando por ello el ámbito de la discrecionalidad judicial...la atenuación debe proceder en aquellos casos, vista la referencia descrita separada por la conjunción disyuntiva “o”, en que bien el resultado sea excesivo a tenor del medio empleado o, viceversa, o cuando éste debería producir un resultado más grave, lo que abonaría incluso la aplicación excepcional de la atenuación en los supuestos agravados del art. 148 del CP. En cualquier caso el alcance del precepto analizado puede abarcar supuestos de preterintencionalidad, concurrencia de causas exógenas que agravan el resultado y, en general, de desproporción entre lo querido por el agente y sus consecuencias, de forma que se trata de ajustar el desvalor de la acción y del resultado recíprocamente...”.

³³⁹ STS nº 667/2006, de 20 de junio, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2006/94069, recoge que “...para valorar la “menor gravedad” que postula el recurrente y que contempla el subtipo atenuado del art. 147.2º, desde la perspectiva del resultado, éste no puede valorarse exclusivamente atendiendo al tiempo de curación de la lesión o a la naturaleza de ésta, porque como decía la sentencia de esta misma Sala de 28 de junio de 1999, “el resultado no puede valorarse aisladamente del conjunto de circunstancias concurrentes. El texto legal se refiere a la “menor gravedad del hecho descrito en el apartado anterior”, por lo que es este hecho, circunstanciado, y no exclusivamente el resultado, el que debe valorarse, atendiendo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, si merece o no la calificación de “menor gravedad”...”.

³⁴⁰ Ponente Monterde Ferrer, EDJ 2010/19183.

774/2012, de 25 de octubre³⁴¹ llega a la conclusión que para su aplicación, preservando los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, no debe tenerse en cuenta exclusivamente el resultado producido de forma aislada sino que debe valorarse junto con la totalidad de las circunstancias concurrentes.

En mi opinión, este precepto y el art. 153.1 del CP entrañan un problema de coherencia en relación a la pena que prevén para los casos de violencia de género pues si el agresor causa a la víctima una lesión que requiera objetivamente para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico, ya no sería de aplicación el art. 153.1 (o 153. 1 y 3) del CP que contempla penas de prisión de 6 meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años, sino que tendríamos que acudir al art. 147.1 (que prevé penas de prisión de seis meses a tres años), al art. 147.2 (para el que se prevén penas de tres a seis meses de prisión o multa de seis a doce meses), apreciados ambos con la agravante de parentesco del art. 23 del CP, o al art. 148.4 del CP (castigado con penas de dos a cinco años de prisión) dependiendo de la entidad de las lesiones causadas, pudiendo ocurrir que unas lesiones de mayor entidad que las previstas en el art. 153 del CP sean menos gravemente castigadas si el Juez o Tribunal decide aplicar el tipo privilegiado del art. 147.2 del CP, lo que debería ser objeto de revisión por parte del legislador.

La entrada en vigor de la LO 1/04, de 28 de diciembre de protección integral contra la violencia de género provocó modificaciones en los tipos penales que tutelaban dicho bien jurídico, y en concreto en el **art. 148 del CP**, que quedó redactado de la forma siguiente:

“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

- 1. Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.*
- 2. Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.*

³⁴¹ Ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2012/228174.

3. *Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.*
4. *Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*
5. *Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.*

Los supuestos agravatorios previstos en los apartados 4º y 5º que fueron incorporados con la LO 1/04 resultan aplicables cuando las lesiones se producen a un especial sujeto pasivo que dicho precepto concreta en: 1) cuando la víctima fuera o hubiere sido esposa, o mujer ligada a él por vínculo semejante, aún sin convivencia y 2) personas especialmente vulnerables que convivan con el autor³⁴². En ambos supuestos se trata de otorgar una especial protección, integrando como sujetos pasivos de este tipo delictivo a personas que normalmente son sujetos de violencia familiar³⁴³, extendiéndolo también a personas especialmente vulnerables en términos semejantes al art. 173.2 del CP y 153.1 del CP.

Para TAMARIT SUMALLA³⁴⁴ y BRAGE CENDÁN³⁴⁵ el art. 148 del CP configura tipos cualificados que carecen de autonomía en relación a las lesiones del art. 147.1 del CP y para su integración se requiere que concurran los requisitos del tipo básico. Algo con lo que estoy completamente de acuerdo como ya manifesté al principio del epígrafe al referirme a la necesidad de incluir en los escritos de calificación el art. 148 del CP en alternancia con el art. 147 del CP.

Desde mi punto de vista llama notoriamente la atención, la previsión recogida en el apartado 4º del presente precepto que no tiene su correlación cuando el sujeto activo de dicha conducta es una mujer y el sujeto pasivo es un hombre y previamente están o han estado unidos o bien por una relación matrimonial o sentimental, en cuyo caso, a la hora de castigar dicha conducta realizada por una mujer frente a su cónyuge o pareja sentimental (hombre), no se podrá acudir al apartado 4º del art. 148 del CP sino que se deberá acudir al tipo del art. 147 del CP pero apreciando la agravante de parentesco del art. 23 del CP, con la consiguiente disparidad de penas en ambos casos pues, si el art.

³⁴² Se analiza al estudiar el art. 153 del CP.

³⁴³ Ver al respecto CP comentado, Colex, Madrid, 2008, pág. 419.

³⁴⁴ TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las lesiones...”, ob. cit., pág. 107.

³⁴⁵ BRAGE CENDÁN, S. B., “Los delitos de lesiones...”, ob. cit., pág. 57.

148.4 del CP contempla penas entre dos y cinco años de prisión, el art. 147 del CP prevé penas de prisión entre seis meses y tres años. Tampoco se podrá utilizar este tipo agravatorio en el caso de que el sujeto pasivo sea otro familiar que no sea especialmente vulnerable, ni tampoco en los casos en los que siéndolo no conviva con el autor del hecho, pues no estaría amparado por el art. 148.5º del CP. No hay que olvidar que dicho tipo penal recoge la expresión “podrán ser castigadas”, lo que implica cierta discrecionalidad por el juzgador que en el caso de optar por la aplicación y el castigo de la conducta con arreglo al mismo, deberá motivarlo suficientemente³⁴⁶ y permitirá adecuar la pena al caso concreto cuando dicha conducta merezca mayor reproche punitivo. En caso contrario, deberá acudir al art. 147.1 del CP junto con la agravante de parentesco del art. 23 del mismo texto³⁴⁷.

Ya analicé al tratar la constitucionalidad de la LIVG cómo se señalaba por un sector de la doctrina, entre los que se encuentran REY MARTÍNEZ³⁴⁸, GIMBERNAT ORDEIG³⁴⁹, GONZÁLEZ CUSSAC³⁵⁰, CORDOY BIDASOLO³⁵¹ y CABRALES LUCIO³⁵², las dudas sobre la adecuación a la CE de la LIVG al contemplar en diversos artículos, entre los que se encontraba el art. 148 y el 153 del CP, diferencias punitivas para el hombre y la mujer, que muchos calificaron de discriminaciones positivas y que fueron rechazadas por el TC.

Al respecto, MUÑOZ CONDE³⁵³ recuerda que las mismas han sido utilizadas por el legislador, no sólo en el ámbito del derecho penal, “*para compensar y ayudar a la equiparación de colectivos tradicionalmente marginados o discriminados*

³⁴⁶ Al respecto, MOLINA BLÁZQUEZ, C; MIRAT HERNÁNDEZ, P y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “El tratamiento penal de la violencia de género”, en: GARCÍA MINA-FREIRE, A. (coord). *Violencia contra las mujeres en pareja. Claves de análisis y de intervención*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010, págs. 122 y 123.

³⁴⁷ En idéntico sentido se ha pronunciado FUENTES OSORIO en FUENTES OSORIO, J. L., “Lesiones producidas en...”, ob. cit., pág. 35.

³⁴⁸ Así REY MARTÍNEZ, F.; ALÁEZ CORRAL, B.; RUÍZ MIGUEL, A., y FARALDO CABANA, P., “Protección penal desigual...”, ob. cit. págs. 135 y 136.

³⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *La violencia de género...* ob. cit.

³⁵⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La doctrina constitucional en...”, ob. cit., págs. 76 y ss.

³⁵¹ CORDOY BIDASOLO, M., “Problemática jurídico-penal...”, ob. cit., pág. 137.

³⁵² CABRALES LUCIO, J. M., “¿Deferencia del legislador o...”, ob. cit., págs. 419 a 424.

³⁵³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* ob. cit., págs. 193 y ss.

negativamente”, sin que ello se haya considerado contrario al principio de igualdad recogido en el art. 14 de la CE, y estima que las mismas se prevén en nuestro CP no sólo por razón de sexo sino también por motivos racistas, religiosos, políticos, orientación sexual, edad, incapacidad, ideología... etc., aunque para él no dejen de ser criticables.

En mi opinión, si lo que se pretendía con la modificación del art. 148.4 del CP era una mayor protección de la mujer víctima de lesiones en el ámbito familiar a manos de su cónyuge o pareja sentimental, el legislador tenía que haber apreciado una circunstancia agravatoria similar en los tipos penales recogidos en los artículos 149 y 150 del CP, preceptos que castigan lesiones mucho más graves que las establecidas en el art. 147.1 del CP y con penas, por consiguiente, también muy superiores. Sin dicha previsión, se obliga en la práctica a acudir a los mismos pero apreciando la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del CP, actuando en este caso como agravante. Con lo cual, el legislador ha perdido la oportunidad de apreciar un tipo de lesiones agravatorio específico que permitiera subir en uno o dos grados la pena prevista para dichas lesiones, cuando las mismas fueran ocasionadas a una mujer, por su cónyuge o por su pareja sentimental, frente a la solución actual que contempla tan sólo la posibilidad de apreciar la pena en su mitad superior por aplicación de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del CP.³⁵⁴

Otra de las cuestiones que se pueden plantear con relación al art. 148 del CP es la posibilidad de que concurra además de la circunstancia agravatoria del nº 4, cualquier otra prevista en dicho precepto, por lo que debemos preguntarnos si nos encontramos con dos circunstancias que configuran el subtipo agravado del art. 148 del CP o si, por el contrario, la relación de parentesco dejará de ser elemento integrador del tipo y pasará a aplicarse como circunstancia agravante del art. 23 del CP.

El TS en sentencia nº 103/2007, de 16 de febrero³⁵⁵ que desestimaba el recurso de casación planteado contra la SAP de Madrid, Sec. 27, nº 11/2006, de 17 de mayo³⁵⁶, en su fundamento de derecho 2º resolvía la cuestión planteada decantándose a favor de

³⁵⁴ Véase al efecto el art. 66.3 del CP.

³⁵⁵ Ponente Soriano Soriano, EDJ 2007/18014.

³⁵⁶ Ponente Chacón Alonso, EDJ 2006/104320.

la segunda alternativa afirmando que: *“La circunstancia 4ª, que ya no es necesaria para alumbrar el subtipo, ha de actuar como genérica, si queremos que las previsiones punitivas del legislador alcancen los objetivos pretendidos por éste, incorporando al hecho todo el desvalor de aquéllos aspectos que normativamente han merecido un concreto reproche desvalorativo con su traducción en la pena. Si las circunstancias cualificativas o los complementos típicos generadores de los distintos subtipos agravados no tuvieran su correspondencia en las circunstancias modificativas genéricas, resultarían consumidas en el subtipo mismo sin posibilidad de influir de forma reglada sobre la pena, sin perjuicio de que el tribunal de instancia las pueda considerar como circunstancias del hecho a efectos de individualizarla. Pero cuando tienen su equivalencia en el catálogo de circunstancias modificativas genéricas, debe acudirse a las mismas, pues ante la posibilidad formal de actuar como subtipos o como circunstancias modificativas, configurado ya el subtipo con otra cualificación, el art. 8.4 del CP impone la necesidad de contemplar toda la energía o virtualidad punitiva que el legislador estableció. En modo alguno es aplicable el principio indubio pro reo...”*³⁵⁷.

No obstante lo anterior, la AP de Madrid ha defendido la postura contraria en sentencias posteriores, como la SAP, Sec. 27ª, nº 23/2007, de 27 de octubre³⁵⁸, al igual que la AP de Barcelona Sec. 20ª en su sentencia nº 293/2007, de 22 de marzo³⁵⁹ y la AP de Valencia, Sec. 1ª, en sentencia nº 97/2008, de 3 de abril³⁶⁰, entendiendo que aunque baste una circunstancias para configurar el subtipo agravado en el caso de darse la relación de parentesco con cualquier otra circunstancia agravatoria del art. 148 del CP, aquella no se transforma en una circunstancias agravante genérica sino que se tendrá en cuenta a la hora de fijar la pena.

³⁵⁷ Véase al efecto RASILLO LÓPEZ, P., “Problemas derivados de la aplicación de los tipos penales: Noviazgos y relaciones afines. Alcance de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal. Sujetos pasivos del art. 153.2 y 173.2: Convivencia. Concurso de normas: Subtipos agravados de los arts. 153, 171 y 172 del Código Penal en relación con el art. 173.2 pfo 2º del Código Penal”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, págs. 287 y ss.

³⁵⁸ Ponente Rasillo López, EDJ 2007/231884

³⁵⁹ Ponente Zabalegui Muñoz, EDJ 2007/36643.

³⁶⁰ Ponente Huerta Garicano, EDJ 2008/88972.

2.3.2. Protección contra los malos tratos

La respuesta que la ley ha dado a los actos violentos sufridos por las mujeres en el ámbito de la relación familiar y de pareja ha sido muy dispar dependiendo del momento histórico en el que nos fijemos³⁶¹, pues hemos pasado de una situación de condescendencia punitiva, a una preocupación que va más allá de la respuesta penal por parte del legislador en la lucha contra la violencia de género.

El art. 619 del Código Penal de 1822 contemplaba que *“el homicidio voluntario que alguno cometa en la persona de su hija, nieta, descendiente en línea recta o en la de su mujer, cuando la sorprenda en acto carnal con un hombre, ó el que cometa entonces en el hombre que yace con ellas, será castigado con un arresto de seis meses a dos años y con un destierro de dos a seis años del lugar en que ejecutase el delito y veinte leguas de contorno. Si la sorpresa no fuere en acto carnal, sino en otro deshonesto y aproximado o preparatorio del primero, será la pena de uno a cuatro años de reclusión, y de cuatro a ocho años de destierro en los mismos términos”*. Como observamos, las penas no resultan demasiado graves si se las compara con las previstas en el actual art. 138 del CP para el homicidio.

En el CP de 1848 pasaba a castigarse la conducta anterior con la pena de destierro. Así se decía en el art. 339 que: *“El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare a ésta ó al adúltero, o les causare algunas de las lesiones graves, será castigado con pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias a los padres respecto de sus hijas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha á los que hubieren promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas”*. En términos muy similares se reguló en el art. 348 del CP de 1850³⁶² y en el art. 438 del CP de 1870³⁶³.

³⁶¹ CARMONA RUANO, M., “El delito de maltrato habitual”, en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., (coord.), *La violencia de género: Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, págs. 107 y ss; DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en *Encuentros de violencia doméstica*, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 460.

³⁶² En el que se recoge que: *“El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a ésta o al adúltero, o les causare algunas de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias a los padres respecto de sus hijas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas”*.

En el CP de 1928 se produce un cambio significativo admitiendo como sujeto activo tanto al marido como a la mujer y la conducta dejaba de castigarse con la pena de destierro previendo en el art. 523 CP que: *“A quien sin estar separado legalmente ni de hecho de su cónyuge, sorprendiere a éste en actos de adulterio, salvo el caso de que aunque fuera tácitamente lo hubiera consentido, y en el acto matare o hiriere a cualquiera de los adúlteros o a ambos, se le impondrá por el Tribunal una pena inferior a la señalada por la ley que estime adecuada, a su prudente arbitrio, al cual quedará también decidir si la condena ha de dejar de ser inscrita en los Registros de antecedentes penales”*.

En el CP de 1932 dejó de estar castigada la anterior conducta y regresó nuevamente con el Código Penal de 1944 en su art. 428 castigando la misma, en términos muy similares a los ya vistos en los CP anteriores: *“El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a algunos de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjere lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas circunstancias son aplicables, en análogas circunstancias a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas”*³⁶⁴.

Este precepto más que instar a la prevención suponía más bien una complicidad del legislador para salvar el honor del marido o padre “afectado”, o como señala GIMBERNAT ORDEIG³⁶⁵ *“una auténtica invitación a eliminar a dos seres humanos”*, *“una patente de corso concedida al varón”* en palabras de ACALE SÁNCHEZ³⁶⁶ o *“la consagración legislativa de la maté porque era mía...y un descarado tratamiento*

³⁶³ El art. 438 del CP de 1870 reproduce el art. 348 del CP de 1850.

³⁶⁴ LÓPEZ PEREGRÍN, C., “Amenazas, coacciones y violencia de género”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 225 y ss.

³⁶⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., “La mujer y el Código Penal español”, en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 75.

³⁶⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “Evolución Histórica. Tratamiento legal de la cuestión de género a lo largo de la codificación penal española” en *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S.A., Madrid, 2006, pág. 35.

privilegiado del marido adúltero”, según MUÑOZ CONDE³⁶⁷ que nos hace retroceder muchos siglos en el tiempo. La base octava de la Ley de 23 de diciembre de 1961 hizo desaparecer esta regulación.

Es con la LO 3/1989, de 21 de junio de actualización del CP, cuando se comienza a ver un atisbo de cambio en la percepción del legislador con el art. 582 párrafo 2º en el que se expresa: *“El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fueren los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión”*.

Si tenemos en cuenta la regulación penal anterior junto con las limitaciones a las que estaban sujetas las mujeres en instituciones, estamentos o leyes³⁶⁸, como la civil³⁶⁹, no es impensable concluir que el legislador tiene parte de responsabilidad al haber tolerado esa situación de desigualdad que tanto cuesta combatir hoy en día.

En la actualidad nuestro CP no prevé un castigo agravado, fuera de la agravante de parentesco del art. 23, para el que matare a su cónyuge, pareja o expareja, pues la LIVG no modificó el art. 138 del CP y se perdió una gran oportunidad para introducir un tipo específico para estos supuestos que año a año se repiten y que tampoco se prevé en la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica el CP.

Ya en el ámbito del maltrato en el ámbito familiar, la LIVG modificó el art. 153 del CP dándole el siguiente contenido:

“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado

³⁶⁷ MUÑOZ CONDE, F., “Violencia familiar y género en la ley orgánica 1/2004” en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 16.

³⁶⁸ A tal efecto VARCÁRCCEL BERNALDO DE QUIRÓS, A., “La violencia contra las mujeres”, *Colección de Estudios de Derecho Judicial*, 2007, págs. 399-426; RIVAS VALLEJO, P., “La protección social frente a la violencia de género”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 5, 2007, págs. 165 y ss.

³⁶⁹ Como por ejemplo, las antiguas licencias maritales que limitaban la capacidad jurídica de la mujer casada.

ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

El artículo referido está recogido en el Libro II, Título III del CP con la rúbrica “De las lesiones” y su redacción actual procede de la modificación operada por el art. 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que transformó en delito las faltas de lesiones, es decir, las lesiones que sin ser habituales no requerían asistencia facultativa o consistían en malos tratos de obra, siempre que las mismas recayeran sobre la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al agresor por una relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. En el caso del art. 153.2 del CP la víctima o víctimas son las personas mencionadas en el art. 173.2 del CP: el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al agresor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentren integradas en el núcleo de convivencia

familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados³⁷⁰.

Respecto al **bien jurídico protegido** con este precepto no existe unanimidad ni entre la jurisprudencia ni entre la doctrina³⁷¹. Jurisprudencialmente, en algunas sentencias se afirma que el bien jurídico protegido no es propiamente la integridad física de los afectados sino la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata de un delito contra las personas, sino contra las relaciones familiares como recoge la STS nº 474/2010, de 17 de mayo³⁷². Las STS nº 927/2000, de 24 de junio³⁷³ y STS nº 20/2001, de 22 de enero entienden que el bien jurídico protegido *“transciende y se extiende más allá de la integridad física al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, art. 10, que tiene su consecuencia lógica no sólo en el derecho a la vida sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes, art. 15, y en el derecho a la seguridad, art. 17, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos, art. 39...dicho más sintéticamente el bien jurídico protegido es la paz familiar...”*³⁷⁴.

³⁷⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* ob. cit., pág. 192; y TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las lesiones...”, ob. cit., pág. 125.

³⁷¹ Como bien señala MENDOZA CALDERÓN, S., “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: La introducción del nuevo artículo 153 del Código Penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 125 y ss; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen)última reforma”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 9, 2005, págs. 743 y ss; MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho Penal y la Violencia Doméstica”, *Encuentros Violencia Doméstica*, 2004, pág. 246 y ss; HERNANDO GARCÍA, R. M., “El bien jurídico protegido en los delitos de violencia de género”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010; GÓMEZ RIVERO, C., “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, *Revista Penal*, nº 6, 2000, pág. 68.

³⁷² STS nº 474/2010, de 17 de mayo, ponente Monterde Ferrer, fundamento de derecho 3º, EDJ 2010/84226.

³⁷³ STS nº 927/2000, de 24 de junio, ponente Giménez García, EDJ 2000/15864.

³⁷⁴ STS nº 20/2001, de 22 de enero de 2002, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 2002/446. En idéntico sentido la STS nº 1974/2001, de 25 de octubre, ponente Soriano Soriano, EDJ 2001/41530, la STS nº 414/2003, de 24 de marzo, ponente Aparicio Calvo-Rubio, EDJ 2003/30147, la STS nº 9/2011, de 31 de enero, ponente Soriano, EDJ 2011/6697 o el ATS nº 1875/2010, de 7 de octubre, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2010/220643.

El TC sentó en la sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo³⁷⁵, en su fundamento de derecho noveno, que en los delitos relacionados con la violencia de género existe un desvalor añadido a la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta de desigualdad, que genera gravísimos daños no sólo por los derivados en el uso de la violencia sino también en su seguridad, por el temor a ser agredida nuevamente, en su libertad, porque la conducta discriminatoria agresiva sufrida por la mujer restringe sus posibilidades de actuación libre y, en su dignidad, en cuanto que la agresión la hace sentir inferior³⁷⁶.

La Jurisprudencia menor tampoco se muestra unánime. Así la SAP de Baleares, Sec. 1ª, nº 140/2000, de 30 de junio³⁷⁷ indica que el bien jurídico protegido con este delito es la integridad moral o el derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante en el seno de la familia. La SAP de Zaragoza, Sec. 1ª, nº 374/2011³⁷⁸ entiende que el bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, al igual que la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 5ª, en sentencia nº 700/2005, de 18 de julio³⁷⁹. La SAP de Lleida nº 264/2004, de 26 de mayo³⁸⁰ aprecia como bien jurídico protegido la paz familiar al igual que la SAP de Jaén, Sec. 3ª, nº 255/2005, de 27 de diciembre³⁸¹ siguiendo la STS de 22 de enero de 2001 ya estudiada. La SAP de Córdoba, Sec. 2ª, nº 25/1999, de 21 de abril³⁸² considera que nos encontramos con un bien jurídico de naturaleza mixta “...ya que junto a la salud o la integridad física de las personas tutela, también, la pacífica convivencia y armonía en el grupo familiar...”. La

³⁷⁵ Ponente Sala Sánchez, EDJ 2008/48114.

³⁷⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010, pág. 106.

³⁷⁷ SAP de Baleares, Sec. 1ª, nº 140/2000, de 30 de junio, ponente Beltrán Mairata, EDJ 2000/43357.

³⁷⁸ SAP de Zaragoza, Sec. 1ª, nº 374/2011, de 18 de noviembre, ponente Larrosa Ibáñez, EDJ 2011/289459.

³⁷⁹ SAP Barcelona, Sec. 5ª, nº 700/2005, de 18 de julio, ponente Guindulain Oliveras, EDJ 2005/327121.

³⁸⁰ SAP de Lleida nº 264/2004, de 26 de mayo, ponente García Navascues, EDJ 2004/89441.

³⁸¹ SAP de Jaén nº 255/2005, de 27 de diciembre, ponente Molina Romero, EDJ 2005/305465.

³⁸² SAP de Córdoba, Sec. 2ª, nº 25/1999, de 21 de abril, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 1999/12410.

SAP de Badajoz, Sec. 1ª, nº 28/2000, de 27 de marzo³⁸³ considera que el bien jurídico protegido es indirectamente la salud individual e inmediatamente la integridad moral.

Desde el punto de vista doctrinal, RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS³⁸⁴ sigue la misma línea marcada por el TC y defiende que con el tipo del art. 153 del CP se quiere proteger la seguridad de la víctima, su libertad y su dignidad. Su seguridad, pues se pretende disminuir las expectativas futuras de indemnidad, su libertad, para garantizar la libre formación de su voluntad y, su dignidad, por cuanto con la agresión se le niega su condición de persona y se la señala ante la sociedad como perteneciente a un grupo menospreciado.

Para ACALE SÁNCHEZ³⁸⁵ el bien jurídico protegido presenta dos realidades: en un plano individual se refiere al individuo miembro de la unidad familiar que sufre la agresión y en un plano supraindividual, se refiere al núcleo familiar en el que normalmente se producen estos actos de violencia y es esta faceta colectiva la que se protege con el art. 153 del CP.

Hay autores que entienden que nos hallamos ante un tipo delictivo uniofensivo como, por ejemplo, MUÑOZ CONDE³⁸⁶ quien estudia este precepto dentro de los delitos contra la integridad moral. Según DÍEZ RIPOLLÉS³⁸⁷ el bien jurídico protegido es el mismo que en el delito de lesiones y estaría representado por la integridad corporal y la salud física o mental de la víctima. La misma posición la comparte GRACIA MARTÍN³⁸⁸.

³⁸³ SAP de Badajoz, Sec. 1ª, nº 28/2000, de 27 de marzo, ponente Plata García, EDJ 2000/6486.

³⁸⁴ RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.; “Artículo 153 del CP”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Dir.) y MARTÍNEZ GUERRA, A.; (coord.), *Código Penal Concordado y Comentado*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 719 y 720.

³⁸⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 134.

³⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, ob. cit., págs. 113 y 179 y ss.

³⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de...*, ob. cit., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 33 o en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., y GRACIA MARTÍN, L., (coord.), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial I, Títulos I a IV y faltas correspondientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 423.

³⁸⁸ GRACIA MARTÍN, L., “Comentario al art. 153 del CP”, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a IV y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 423 y 424.

MIMBRERA TORRES³⁸⁹ y FARRÉ DÍAZ³⁹⁰ hablan de un bien jurídico protegido de naturaleza mixta pues junto con la salud o la integridad física “...se tutela también la pacífica convivencia en el grupo familiar, el derecho a ser tratado como persona y no como objeto susceptible de ser dominado...”.

Para RAMÓN RIBAS³⁹¹ el bien jurídico protegido es dual pues lesionar, maltratar, amenazar o coaccionar a otra persona es constitutivo de infracción penal por constituir una lesión de la salud, integridad, indemnidad corporal o libertad, pero en los delitos de violencia de género se produce un doble desvalor, a la lesión del bien jurídico inmediatamente afectado por el comportamiento violento se añade el de la integridad corporal.

LAURENZO COPELLO³⁹² critica que la jurisprudencia siga contemplando la “paz familiar” como bien jurídico protegido e ignore las connotaciones de género que explican la violencia sufrida por las mujeres a manos de sus parejas lo cual provoca efectos perniciosos entre los que se encuentra el hecho de que se reconduzca a un solo artículo, el 173.2 del CP, el maltrato habitual del que puedan ser objeto los miembros de toda la unidad familiar³⁹³, además de que *las referencias a la institución familiar como objeto de tutela abonan la idea de que el maltrato que sufren las mujeres a manos de sus parejas constituye un problema esencialmente privado...*. Para esta autora, la mujer, por el hecho de serlo, está expuesta a ser objeto de ataques violentos por parte de su pareja y que tal situación tiene su explicación en la discriminación de la mujer en la estructura social y en el reparto inequitativo de roles sociales entre el hombre y la mujer, siendo ese el bien jurídico protegido con este tipo delictivo.

³⁸⁹ MIMBRERA TORRES, E., “Comentario al art. 153 del CP”, en CRUZ DE PABLO, J. A., (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Difusión, Madrid, 2008, pág. 106.

³⁹⁰ FARRÉ DÍAZ, E., “Comentario al art. 173 del CP”, en CRUZ DE PABLO, J. A., (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Difusión, Madrid, 2008, págs. 234 a 237.

³⁹¹ RAMÓN RIBAS, E., “Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M. (coords), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010, pág. 51.

³⁹² LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, 2005, págs. 6-7 y 18 y LAURENZO COPELLO, P., “Modificaciones de derecho penal sustantivo derivadas de la ley integral contra la violencia de género”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, pág. 342.

³⁹³ Aludiendo al bien jurídico supraindividual al que se refiere ACALE SÁNCHEZ en ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y ...*, ob. cit., pág. 134.

Como se evidencia, la determinación del bien jurídico protegido no es una cuestión baladí, pues como bien señala GARCÍA ÁLVAREZ³⁹⁴ servirá para determinar la apreciación conjunta de esta figura junto con otras a efectos concursales. Así, por ejemplo, señala la citada autora que si el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos es el mismo que en las lesiones podría cuestionarse el que producido un resultado lesivo pudieran apreciarse conjuntamente tanto el delito de malos tratos como el aquél en el que se valoren las lesiones producidas pudiendo ser contrario al principio del *non bis in idem*³⁹⁵.

MORILLAS FERNÁNDEZ³⁹⁶, tras analizar en profundidad las diversas opciones doctrinales, defiende que el bien jurídico protegido en el delito de maltrato del art. 153 CP es la integridad moral.

En mi opinión, debemos entender que el bien jurídico protegido es **plural**³⁹⁷ y **amplísimo**, pues no sólo afecta a la integridad física, psíquica o corporal de la persona, sino que va más allá pues afecta a su libertad, a su seguridad, a su tranquilidad, a su dignidad, honor y valía personal y además, como algo que ocurre en el interior de la familia también afecta a la misma, ya en su faceta de convivencia familiar o como afectación a la paz familiar teniendo en cuenta el clima de tensión continua³⁹⁸ o de miedo que genera. Además al admitir que prácticamente cualquier delito violento se podría cometer en el ámbito de las relaciones de pareja, podemos concluir que ello demuestra la amplitud del bien jurídico protegido.

³⁹⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, P., “Precedentes de la denominada “violencia de género” en el Código penal español. Apuntes críticos” en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 29.

³⁹⁵ Como ya lo evidenció la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 2/1990, pág. 495 y ss, al prever que si el resultado producido era constitutivo de delito habría de apreciarse el delito de resultado más grave mientras que si era constitutivo de falta primaba el de malos tratos.

³⁹⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis criminológico del delito...*, ob. cit., págs. 27 a 32.

³⁹⁷ Así también lo aprecia COMAS D´ARGEMIR, M., “La aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Circunstancia*, nº 12, 2007, punto 8.4.

³⁹⁸ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO habla de “violencia continua” en DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., “Cuestiones concursales en el artículo 153 del Código Penal”, en MORILLAS CUEVAS, L., (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, pág. 330.

Respecto de **los sujetos intervinientes**³⁹⁹ ya durante la tramitación parlamentaria se suscitó un gran debate en torno a qué personas debía incluirse dentro del ámbito de protección y finalmente, aunque el art. 153.1 comienza haciendo referencia “*al que causare a otro*” lo cierto es que, tanto en el art. 148 apartado 4º y 5º como en el art. 153.1, la relación que debe existir entre el sujeto activo (hombre) y el sujeto pasivo (mujer) es la matrimonial o una relación sentimental análoga a la misma, con o sin convivencia⁴⁰⁰. Por otro lado, también se consideran incluidos como sujetos pasivos a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor de los hechos y se excluyen, en todo caso, las parejas del mismo sexo aunque dentro de las mismas uno de los miembros asuma el rol masculino y el otro el femenino⁴⁰¹.

Uno de los puntos controvertidos a la hora de determinar si nos encontramos con una pareja o no, lo observamos en las meras relaciones de noviazgo en las que cada miembro vive por separado, pero que sí entran en el ámbito de protección de la norma.

³⁹⁹ Véase VALMAÑA OCHAÍTA, S., “Igualdad y no discriminación en el derecho penal: El tratamiento de la violencia contra la mujer”, *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá IV*, 2011, págs. 49 a 62; RIVERA GONZÁLEZ, G., “Programa de tratamiento para maltratadores en instituciones penitenciarias”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, año 2008, pág. 90 y ss; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Los diferentes conceptos de violencia de género en la legislación estatal y autonómica”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M. (coords), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010, págs. 121 a 127; RAMOS RIBAS, E., “Derecho Penal y Violencia de Género”, TOL1.233.216@www.tirantonline.com; PERAMATO MARTÍN, T., “Violencia de género, una realidad internacional”, *Estudios Jurídicos*, nº 2011, 2011, pág. 3; PAZ RODRÍGUEZ, J. I., “La violencia basada en el género. Orígenes, mecanismos y consecuencias”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, número 1, 2007, pág. 264; PAZ RODRÍGUEZ, J. I., “Los mecanismos de la violencia, sus consecuencias en las víctimas y sus implicaciones en la intervención profesional”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010, pág. 1; OLMEDO CARDENETE, M., “El delito de violencia habitual en el ámbito...”, ob. cit., págs. 49 y ss; NOYA FERREIRO, L., “La protección de la mujer víctima de violencia de género en Galicia: Regulación procesal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 28, 2008, págs. 218 y ss; MONTALBÁN HUERTAS, I., “Ley Integral contra la violencia de género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, págs. 30 y 31; MONTALBÁN HUERTAS, I., “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género. Un instrumento normativo novedoso”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, pág. 62 y ss.; GUERARDI, N., “Violencia contra las mujeres: Protección e igualdad. ¿Una relación incómoda?”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 2009-III, pág. 6; BUZAWA, E. S. y BUZAWA, C. G., *Domestic Violence. The Criminal Justice Response*, Sage Publications, Third Ed., California, 2003, pág. 13.

⁴⁰⁰ Con gran pesar de algunos autores como LARENZO COPELLO, P., “Violencia de género y derecho penal de excepción...”, ob. cit., pág. 39 o VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-12, 2007, pág. 12-3 y 12-4.

⁴⁰¹ ACALE SÁNCHEZ, M., “En particular, el fundamento de las reformas operadas en el ámbito penal”, en *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S.A, Madrid, 2006, págs. 124 y ss. También se recoge así en la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/2005, de 18 de julio, pág. 11

Éstas habrá que distinguirlas de las relaciones de amistad con “encuentros sexuales esporádicos”, que no pueden consideradas como parejas a los efectos de su inclusión en este tipo penal, al no haber surgido entre ellas los lazos afectivos que se pretenden proteger⁴⁰² y, de aquellas otras en las que el hecho delictivo se produce entre una persona casada, ya sea el hombre y la mujer, y otra persona que no integra la unión matrimonial, del sexo contrario, con la que mantiene una relación sexual prolongada en el tiempo, que sí tendrían cabida dentro de este marco legal⁴⁰³.

El TS se pronunció al respecto en sentencia nº 1203/2006 de 11 de diciembre⁴⁰⁴ ofreciendo una postura tan restrictivamente extrema que en palabras de DE PAÚL VELASCO⁴⁰⁵ no sólo las relaciones de noviazgo sino muchas parejas estables de hecho quedarían fuera del círculo intersubjetivo de los delitos de violencia de género. Señala el TS que aunque la AP hubiera dado por probado que la víctima y el agresor mantenían relación de noviazgo, hubieran convivido juntos y mantenido relaciones sexuales “...*al acusado debió de dársele la oportunidad de acreditar los presupuestos del concepto de estar ligado...por análoga relación de afectividad a la de cónyuge, esto es, con posibilidad de demostrar el carácter estable o transitorio de la unión, voluntad de convivir como verdaderos cónyuges, con posibilidad de tener descendencia y demás obligaciones parentales que se establecen en el matrimonio...*”.

Comparto plenamente la opinión de DE PAÚL VELASCO pues considero que de seguirse el criterio tan rígido e inflexible señalado por el TS en la sentencia mencionada, hubiera obligado a dejar fuera de la protección del art. 153 muchas

⁴⁰² La SAP Barcelona, Secc. 20ª nº 50/2007, de 13 de enero, ponente Domínguez Naranjo, EDJ 2007/146726.

⁴⁰³ La SAP Zaragoza, Secc. 3ª, nº 345/2006, de 23 de junio, ponente Arenere Bayo, EDJ 2006/287097, admitió dicha relación en el ámbito del art. 153 del CP considerando que: “*tal precepto es de aplicación, ya que el mantenimiento de relaciones sexuales y quedarse alguna noche a dormir, si bien no constituye una familia ya sea legalmente constituida o de mero hecho, es una relación de afectividad, descrita en el artículo 153 del Código Penal, si se golpea o maltrata de obra a una mujer que ha estado ligada a él por tal relación aún cuando no convivieran permanentemente, se comete tal delito...*”. En idéntico sentido la SAP de Barcelona, Secc. 20ª, nº 379/2007, de 12 de marzo, ponente Sotorra Campodarve, EDJ 2007/107024.

⁴⁰⁴ STS nº 1203/2006, de 11 de diciembre, ponente Soriano Soriano, EDJ 2006/325637.

⁴⁰⁵ DE PAÚL VELASCO, J. M., “Aspectos penales de la LO 1/2004: experiencias de su aplicación”, en LAURENZO COPELLO, P., (coord.), *La violencia de género en la ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 231.

relaciones afectivas que no cumplen con los parámetros previstos por el Alto Tribunal provocando que muchos Juzgados de Violencia sobre la Mujer tuvieran que inhibirse a favor de los de Instrucción.

En otra sentencia, la nº 510/2009, de 12 de mayo⁴⁰⁶, el TS parte de una visión mucho más amplia y exige para que una relación pueda ser análoga a la matrimonial *“que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro...o esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja... o el proyecto de vida en común no sea siquiera compartido por ambos protagonistas...”*.

Hay un grupo de Audiencias Provinciales que exigen, para que las relaciones de noviazgo puedan tener cabida en la protección de este tipo penal, la **existencia de un proyecto de vida en común**, aún cuando no exista convivencia, exigiendo la exteriorización de determinadas conductas por parte de los mismos que pongan de manifiesto la existencia de una relación de pareja entre ambos, ya frente a su familia, ya frente a sus amistades, ya frente a terceros e incluso, que se trate de una unión de carácter sexual con una proyección familiar así como el carácter estable de dicha unión. Entre dicho grupo de Audiencias Provinciales se encuentran la AP de Tarragona, en su Secc. 2ª⁴⁰⁷ y Secc. 4ª⁴⁰⁸, la AP de Barcelona, Secc. 20ª⁴⁰⁹ que rechaza que pueda

⁴⁰⁶ Ponente Marchena Gómez, EDJ 2009/112116

⁴⁰⁷ Así la SAP de Tarragona, Secc. 2ª, nº 284/2005, de 21 de febrero, ponente Casas Cobo, EDJ 2005/39543, viene a exigir que se trate de una unión de naturaleza sexual, estable, con una proyección familiar e indica: *“Para ello, debemos establecer los elementos fácticos que integrarán la analogía. Es obvio que no puede exigirse la identidad de caracteres con la relación conyugal, pues entonces la analogía quedaría desvirtuada y vacía de contenido, pero sí unos elementos comunes al matrimonio que permitirán cerrar el tipo penal. Ciertamente es necesaria la unión de naturaleza sexual entre dos personas. No porque se haya realizado un determinado número de actos de esa clase, sino porque el vínculo esté llamado a satisfacer la misma necesidad vital que el matrimonio. Igualmente, aunque la Ley no lo mencione expresamente, será precisa la estabilidad de la relación, aunque no sea presente, pero sí en algún momento. Así se desprende lógicamente del tenor literal del precepto. Ya que puede ser sujeto pasivo la persona que “esté o haya estado ligada” al infractor por relación de afectividad análoga al matrimonio. La circunstancia de que pueda haber terminado implica alguna duración, como también la referencia al ligamen o al matrimonio, de cuyo concepto no puede excluirse una cierta vocación de permanencia. La misma consecuencia se extrae del análisis de la propia idea de relación afectiva, al poseer una proyección emocional distinta, más perdurable, de aquellas relaciones que desde el principio fueron planeadas claramente para ser esporádicas o para satisfacer el ocasional deseo sexual. De otro lado, la relación ha de tener una proyección familiar, sin necesidad de entender la familia como una institución necesariamente nacida del matrimonio o de la unión de hecho, sino como una realidad social multiforme que se caracteriza por unos vínculos reforzados entre sus componentes. Se diferencia de las demás relaciones sociales por establecer entre sus miembros una comunidad de amor y libertad, de respeto mutuo y de igualdad, presidida por la solidaridad y la incondicional ayuda o socorro que se prestan sus miembros. Finalmente, no es indispensable que la relación perdure, el propio*

aplicarse el tipo delictivo del art. 153 del CP en supuestos de relaciones de amistad con derecho a roce sin trascendencia temporal y sin proyecto de vida en común.

La propia AP de Barcelona da una definición y parte de una concepción muy amplia de lo que puede entenderse por relación análoga de afectividad en su sentencia nº 945/2007, de 31 de octubre⁴¹⁰ señalando que “...es la que se da entre dos personas cuando por existir entre ellas vínculos emocionales y sentimentales, deciden compartir su vida cotidiana por tener un proyecto de vida común de presente y de futuro, aunque no convivan; lo que significa que la única relación que estaría excluida del tipo sería la de amistad entre dos personas, aunque de manera puntual (incluso frecuente) mantuvieran relaciones sexuales, razón por la cual sólo si se diera este caso deberíamos acudir a la normativa general del Código Penal...”.

Otro grupo de Audiencias ponen el acento en la **afectividad que debe unir a los sujetos de la relación análoga**, siendo la propia de una relación personal e íntima que traspasa con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea ésta, entre ellas la AP de Vizcaya, Secc. 6ª⁴¹¹ o la AP de Barcelona⁴¹² cuya Sec. 7ª entiende que “...es suficiente con la nota de estabilidad en la relación existente entre ambos, exigencia que no presupone convivencia...”, o la Sec. 20ª que matiza en su sentencia nº 379/2007, de 12 de marzo⁴¹³ que: “al ser su propio articulado el que realiza la equiparación de la relación afectiva tutelable por esta vía cuando sea

precepto matiza que puede haber acabado cuando el autor lesiona a su víctima, pero en todo caso deberá ponerse en peligro el bien jurídico protegido, consistente en la paz familiar...”.

⁴⁰⁸ En idéntico sentido la SAP Tarragona, Secc. 4ª, n.º 106/2008 de 17 de marzo de 2008, ponente Sánchez Siscart, EDJ 2008/46914.

⁴⁰⁹ SAP de Barcelona, Secc. 20ª, nº 50/2007, de 13 de enero, ponente Domínguez Naranjo, EDJ 2007/146726.

⁴¹⁰ SAP de Barcelona, Sección 20ª, nº 945/2007, de 31 de octubre, ponente Zabalegui Muñoz, EDJ 2007/263972.

⁴¹¹ Véase al respecto la SAP de Vizcaya, Secc. 6ª, nº 8/2007, de 15 de enero, ponente Arévalo Lassa, EDJ 2007/28156, que exige no sólo estabilidad y convivencia sino que “el grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar en éste, que puede y debe tener su relevancia, como precisamente por la comprobación de que comparte con aquél la naturaleza de la afectividad en la que la redacción legal pone el acento, la propia de una relación personal e íntima que traspasa con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que esta sea...”.

⁴¹² SAP de Barcelona, Secc. 7ª, nº 70/2001, ponente Barrientos Pacho, EDJ 2001/4057.

⁴¹³ SAP de Barcelona, Secc. 20ª, nº 379/2007, de 12 de marzo, ponente Sotorra Campodarve, EDJ 2007/107024.

análoga a la matrimonial, deberán quedar fuera de su ámbito de cobertura, las relaciones de simple contenido sexual, por más que se desarrollen a lo largo de un prolongado espacio de tiempo, y con una cierta frecuencia entre las mismas. Por el contrario, quedarán asimiladas a esa condición las relaciones de noviazgo aunque se hayan caracterizado por su brevedad, pues este tipo de relaciones humanas, como cualesquiera otra, se inician en un momento determinado, y solo acrecen en su extensión por efecto del propio paso del tiempo...”

Desde el punto de vista doctrinal, para ACALE SÁNCHEZ⁴¹⁴ el legislador regula de forma diferente la relación de parentesco que debe existir dentro del art. 153 del CP y la agravante de parentesco del art. 23 del CP restringiendo de forma significativa el primero pues el art. 23 del CP incluye dentro del parentesco la relación marital y la convivencia de facto entre personas con independencia del sexo de la pareja siendo además, distintos los requisitos que se exigen en uno y en otro supuesto. Así, para apreciar la agravante de parentesco se exige la existencia de una relación estable por análoga relación de afectividad, en el art. 153 del CP se admiten supuestos de parejas que ni siquiera han llegado a convivir, como los novios y exnovios pues la LIVG sólo exige que se trate de una relación análoga de afectividad sin exigir que la misma sea estable en el tiempo. La misma autora critica, además, que se deje fuera del ámbito de los sujetos activos a la mujer, pues la misma puede agredir a otra mujer y que con la exclusión de las parejas homosexuales se otorga una visión de la violencia de género que debe ceñirse a una clase concreta, cual es, la violencia de género por razón de sexo olvidando que “si bien con el sexo se nace, el género se aprehende durante la vida”⁴¹⁵.

Inciendo en dicha diferencia, GENOVÉS GARCÍA⁴¹⁶ señala que si en el tipo del art. 153 CP la relación afectiva presente o pasada entre el agresor y la víctima integra la definición de dicho delito, en la agravante de parentesco se deberá acreditar que dicha relación ha pesado, ha influido en el delito y que, por lo tanto, dicha circunstancia ha de modificar la responsabilidad criminal.

⁴¹⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., “En particular, el fundamento de las reformas...”, ob. cit., págs. 143 y 144.

⁴¹⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género...”, ob. cit., pág. 41.

⁴¹⁶ GENOVÉS GARCÍA, A., “Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal”, en *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 157 y ss.

Para MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS⁴¹⁷ el agresor debe serlo alguien que mantiene o ha mantenido una relación afectiva de pareja con la víctima, es decir, es un grupo heterogéneo que su único vínculo con la mujer es la de mantener o haber mantenido una relación sentimental distinguiendo entre agresores con características de personalidad antisocial y tendencia a perpetrar actos de extrema violencia sexual y física en un 5-8%, agresores con características de personalidad antisocial con tendencia a realizar actos con extrema violencia física y verbal pero no sexual en un 30-40% y agresores sin un perfil psicológico marcado que realizan abuso verbal y físico, pero a niveles menos severos que los otros dos grupos.

Respecto a la víctima, la citada autora señala que no existe un perfil concreto de mujer maltratada aunque acude al estudio realizado por GROSMAN, MESTERNAN Y ADAMO⁴¹⁸ para concluir que entre 146 mujeres que denunciaron a sus parejas un 68% tenía una edad comprendida entre 26 y 45 años.

MARTÍN AGRAZ⁴¹⁹ señala que debe existir una relación en la que concurra una cierta estabilidad o vocación de permanencia, continuidad y perdurabilidad con un componente de compromiso más o menos definitivo, y un grado de afectividad semejante y generador de una vinculación familiar, siendo compatibles con estas las relaciones extramatrimoniales y quedando excluidas las relaciones de amistad y los encuentros esporádicos.

Para ÁLVAREZ ÁLVAREZ⁴²⁰ lo fundamental para que nos encontremos ante una situación protegible por la legislación especial de violencia de género es que la mujer haya estado relacionada con el hombre agresor, que exista lo que se conoce como afectividad, concretamente que existan vínculos emocionales o sentimentales entre las

⁴¹⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “La violencia doméstica como problema social”, en *La violencia doméstica: Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001, pág. 17 a 32 y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLO, E. B., “El delito de maltrato en el ámbito familiar: Un análisis de derecho comparado en el Código Penal español, alemán, portugués y sueco”, *Revista Penal*, nº 11, 2003, págs. 69 a 80.

⁴¹⁸ GROSMAN, C. P., MESTERNAN, S. y ADAMO, M. T., *Violencia en la familia. La relación de pareja: Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1989.

⁴¹⁹ MARTÍN AGRAZ, P., *Tutela penal de la violencia de género y doméstica*, Bosch, Barcelona, 2011, págs. 30 a 33.

⁴²⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar” en *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, DE HOYOS SANCHO, M., (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 264.

partes. En todo caso, la citada autora excluye que tengan cabida en este tipo las relaciones homosexuales y en caso de darse episodios de violencia en estos supuestos deberán regirse por las reglas ordinarias.

La Circular de la Fiscalía General del Estado nº 6/2011 recoge que cuando el legislador añadió en la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, el inciso “sin convivencia” *“estaba yendo más allá de las “uniones de hecho” expresando la multiplicidad de las relaciones afectivas en que los sentimientos de los hombres y las mujeres pueden manifestarse, pues estas pueden producirse con o sin convivencia, sin limitaciones de edad, pueden ser notorias o desconocidas para terceros o más prolongadas o no en el tiempo”*.

La Circular citada admite que las relaciones de noviazgo tengan su protección dentro del marco del art. 153 CP y las define como *“aquellas que trascienden los lazos de amistad, afecto y confianza y que crean un vínculo de complicidad estable, duradero y con cierta vocación de futuro; distinta de la relación matrimonial y “more uxorio”, en las que se despliegan una serie de obligaciones y derechos que a los novios no les vincula, y que también de las relaciones ocasionales o esporádicas, de simple amistad o basadas en un componente sexual, o que no impliquen una relación de pareja”*.

En mi opinión, cuando el art. 153 CP se refiere a que “la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, debe entenderse incluidas no sólo las relaciones matrimoniales entre personas de diferente sexo, actuales o disueltas e incluso polígamas si han contraído matrimonio en un país que permita el mismo como, por ejemplo, en Kenia y se agreden en nuestro país, sino también las relaciones afectivas de pareja de carácter estable⁴²¹, del mismo modo presentes o pasadas y entre personas de diferente sexo ya sean monógamas o polígamas, así como las de noviazgo estables o de exnoviazgo, entre personas de diferente sexo aunque no exista convivencia, como bien señala el precepto. Además también tendrán cabida las parejas de distinto sexo formadas por transexuales si el agresor es el varón y la víctima mujer, como bien señala la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 6/2011.

⁴²¹ Véase al efecto FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la violencia de género”, *Revista Penal La Ley*, nº 17, 2006, págs. 77 y ss.

Respecto a los episodios de violencia que se pueden producir en casos de relaciones de amistad surgidas entre un hombre y una mujer con encuentros sexuales, será necesario delimitar en cada caso concreto el tipo de vinculación que existe pues si son estables, como las que se pueden producir cuando uno de los miembros está casado y el otro no, tendrán cabida en esta especial protección penal. En todo caso, habrá que prestar especial importancia a lo que los mismos integrantes de esa relación manifiesten en sede judicial durante la instrucción de la causa a los efectos de poder catalogar la misma, y lo que se pueda demostrar al respecto mediante testigos que pueden ser familiares, amigos en común, e incluso mediante prueba documental: fotografías, mensajes de texto...etc., pues es indudable que no puede definirse la relación como una relación sexual esporádica cuando ambos acuden en calidad de pareja a eventos familiares, se dan a conocer como novios entre sus amistades o hijos por muy breve o incipiente que sea la relación, es decir, cuando goza de publicidad⁴²².

Por otra parte, el art. 153 CP recoge también dentro del círculo de sujetos pasivos a las **personas especialmente vulnerables**⁴²³ que convivan con el autor,

⁴²² A tal efecto TARDÓN OLMOS, M., “La interpretación de la análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”, *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Aplicación Jurisdiccional*, Madrid, del 21 a 23 de octubre de 2009, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/relacionados/La-interpretacion-de-la-analoga-relacion-de-afectividad--i-aun-sin-convivencia--i->, pág. 6.

⁴²³ Al efecto POLAINO NAVARRETE, M., “La Ley Integral contra la violencia de género y la inflación del derecho penal: luces y sombras”, en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., (coord.), *La violencia de género: Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, pág. 49; FUENTES OSORIO, J. L., “Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-16, 2013, págs. 23 a 26; COSSÍO ARRIBAS, I., “Aspectos penales y procesales de la Ley Integral contra la Violencia de Género”, *Noticias Jurídicas*, 2005; ROÍG TORRES, M., “La delimitación de la violencia de género: Un concepto espinoso”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXII, 2012, págs. 262 a 266; LARRAMENDI LOPERENA, C., “Víctimas especialmente vulnerables”, *IV Congreso del Observatorio de Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 16 y 17 de noviembre de 2011; MENDOZA CALDERÓN, S., “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: La introducción del nuevo artículo 153 del Código Penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 135 y ss.; FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de...”, ob. cit., págs. 80 y ss.; MARTÍN AGRAZ, P., “Comentario...”, ob. cit., págs. 33 y 34; MATA Y MARTÍN, R. M., “Algunas dificultades de la noción y de la Ley de Violencia de Género”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 113 y 114; MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia contra las mujeres: Una revisión crítica de la Ley Integral”, *La Ley*, nº 18, 2006, pág. 178; GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., “Violencia de género: El maltrato no habitual...”, ob. cit., pág. 107; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T., “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I. J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T., en *Tutela Penal y Tutela Judicial frente a la violencia*

inclusión producida por los intensos debates parlamentarios durante la tramitación de la LIVG a consecuencia de una enmienda introducida por el Grupo Parlamentario Socialista, no acertada a mi modo de ver y no exenta de críticas tampoco⁴²⁴. El CP habla de “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” pudiendo referirse no sólo a personas de muy corta edad, sino también a ancianos o personas enfermas que convivan en el mismo domicilio que la pareja, es decir, que pueden serlo en atención a su estado de salud, a su edad...etc. E incluso, como señalan NUÑEZ FERNÁNDEZ y REQUEJO NAVEROS⁴²⁵, hasta el propio marido o compañero sentimental podría ser sujeto pasivo de la agravación si se dan en él, las circunstancias que permitan esta

de género, Colex, Madrid, 2006, págs. 91 a 93; GONZÁLEZ RUS, J. J., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 489; ACALE SÁNCHEZ, M., “En particular, el fundamento...”, ob. cit., págs. 147 y 148; FARALDO CABANA, P., “Las penas de los delitos de violencia de género” en *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*. RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M., (coords.), Comares, Granada, 2010, pág. 180; SEMPERE NAVARRO, A. V., “Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J., SEMPERE NAVARRO, A. V., IÑIGO CORROZA, E., *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de género*, Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 97; POLAINO NAVARRETE, M., “La ley Integral contra la Violencia de Género...”, ob. cit., págs. 52 y 53; DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos penales de la violencia...”, ob. cit., págs. 490 y ss.; MOLINA BLÁZQUEZ, C.; MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “El tratamiento penal de la violencia...”, ob. cit., pág. 122 y ALASTUEY DOBÓN, M. C., “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 63 y 64; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 80; ESCUCHURI AISA, E., “Manifestaciones delictivas de la violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, pag. 269; GÓNZÁLEZ PASTOR, C. P., “Delimitación del concepto de persona especialmente vulnerable en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 17, 2005, págs. 52 a 61; MÚGICA SAN EMETERIO, E., “El perfil psicológico de la víctima y el agresor”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 330 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Desigualdades penales y violencia de género”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2009, pág. 67; MACÍAS JARA, M., “La tutela penal reforzada. Una garantía de los derechos fundamentales afectados en los delitos de violencia de género”, en <http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/M2Com-MariaMacias.pdf> última consulta el 2 de marzo de 2015; entre otras.

⁴²⁴ COMAS D’ARGERMIR, M., “La aplicación de la Ley Orgánica de Medidas...”, ob. cit., punto nº 2; MATA Y MARTÍN, R. M., “Algunas dificultades de la noción...”, ob. cit., págs. 113-114; MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia contra las mujeres...”, ob. cit., pág. 178; NUÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T., “Lesiones, malos tratos...”, ob. cit., pág. 91.

⁴²⁵ NUÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T., “Lesiones, malos tratos...”, ob. cit., págs. 91 y 92.

agravación y puede demostrar que las mismas le sitúan en una situación de especial vulnerabilidad respecto de su esposa o pareja.

El concepto “persona especialmente vulnerable” no viene definido en dicho precepto, ni siquiera es aludido en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “vulnerable”, procedente del latín *vulnerabilis*, significa “que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”.

Esta indeterminación legislativa exige analizar en cada caso si nos encontramos o no con una “persona especialmente vulnerable” en atención a las circunstancias concretas que se den.

En la STS nº 129/2002⁴²⁶ reconoció a la víctima la condición de persona especialmente vulnerable por razón de su edad, pero sin admitir que dicha circunstancia se pudiera tener en cuenta como integrante del tipo básico de abuso sexual con acceso carnal y como agravante, al vulnerar el principio del *non bis in idem*.

La STS 224/2003, de 11 de febrero⁴²⁷ admite la especial vulnerabilidad de la víctima tanto por la edad que tenga (muy escasa o muy elevada) como por el estado de salud de dicha persona, con independencia de su edad y la STS 793/2004, de 14 de julio⁴²⁸, hace referencia a dicho término en relación a lo limitado de sus facultades físicas o psíquicas.

La Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado sí se refiere al ámbito de protección de dicho precepto al respecto de las personas vulnerables señalando que “*su ámbito de aplicación, en cualquier caso, no debe ser confundido con el referido a los descendientes, menores o incapaces descritos en el art. 87 ter.1 a), aunque no cabe duda de que, en determinadas situaciones, pueden coincidir ambas circunstancias...Este grupo de sujetos no viene condicionado ni por razón de sexo ni por una relación especial de parentesco o afectividad con el agresor. Por tanto, sujeto activo y sujeto pasivo de la conducta descrita en el precepto, pueden serlo tanto el*

⁴²⁶ STS nº 129/2002, de 31 de enero, ponente Granados Pérez, EDJ 2002/1480.

⁴²⁷ STS 224/2003, de 11 de febrero, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2003/4303.

⁴²⁸ STS 793/2004, de 14 de julio, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 2004/108258.

hombre como la mujer. La única exigencia que la norma penal establece es la nota de la convivencia con el autor, al margen de la relación que entre ellos exista”.

Se recuerda en dicha Circular, que el término “persona especialmente vulnerable” se ha utilizado por el legislador, en diversos tipos penales y específicamente en los artículos 177 bis (trata de seres humanos), 180.1.3^a (delito de agresión sexual), 184.3 (delito de acoso sexual), 188.1 (delito de corrupción de menores), 318 bis (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros) y 607 bis.2.9º (delitos de lesa humanidad). Respecto a qué se entiende por convivencia, especifica la Circular citada que *“deberá entenderse tanto la de carácter permanente como la que tiene lugar periódicamente , como por ejemplo, la derivada del régimen de visitas o custodia compartida de hijos menores de edad o de la estancia temporal de padres ancianos en casa de los hijos, entre otros supuestos”.*

Respecto a las víctimas previstas en el **art. 153.2 del CP**, este precepto se remite a las del art. 173.2 del CP, que se distingue de las especialmente vulnerables pues este precepto las excluye, y que resultará de aplicación, cuando estemos ante un caso de violencia de género, cuando la mujer es también agresora, es decir, en las mal llamadas agresiones mutuas, o cuando además de la agresión a la mujer se produce otra agresión, con ocasión del mismo episodio de violencia por parte del hombre, hacia otra personas de las enumeradas en el art. 173.2 del CP. En este caso se hace depender la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de que exista además de la conducta castigada en el art. 153.2 del CP, una agresión por parte del cónyuge o pareja sentimental (hombre) hacia la mujer pues de lo contrario, la competencia recaería sobre los Juzgados de Instrucción al ser los competentes para conocer de los delitos de violencia doméstica y no de género (no quedaría incluido dentro del art. 15 bis de la LECrim). Se castiga, por consiguiente, la violencia doméstica no habitual ejercida frente a todos los miembros de la unidad familiar⁴²⁹, en un ánimo de intentar proteger la paz familiar⁴³⁰.

⁴²⁹ Al respecto, MOLINA BLÁZQUEZ, C; MIRAT HERNÁNDEZ, P y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “El tratamiento penal...”, ob. cit., pág. 123.

⁴³⁰ ACALE SÁNCHEZ, M. “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del TC”, en PUENTE ABA, L.M. (Dir.), RAMOS VÁZQUEZ, J.A., y SOUTO GARCÍA, E.M. (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010, pág. 75.

En cuanto a la **acción típica**⁴³¹ del delito de maltrato viene referida en el art. 153 del CP con la expresión “causare un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causar una lesión”. Si el menoscabo psíquico o la lesión estuvieran definidos como delito, o el golpe o maltrato de obra causaran una lesión habría que acudir a otro precepto penal en atención a la entidad de las lesiones efectivamente causadas.

La redacción empleada por el legislador no ha resultado muy acertada si la comparamos con empleada en el art. 147.1 CP en el que se recogía que *“el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad o su salud física o mental”*, pues de esta definición parece desprenderse que el término “lesión” engloba tanto el menoscabo a la integridad, como a la salud física o mental, mientras que en el art. 153 CP se diferencian por un lado el menoscabo psíquico y por otro, una lesión no constitutiva de delito. Así lo aprecian NÚÑEZ FERNÁNDEZ y REQUEJO NAVEROS⁴³² quienes entienden que la inclusión del menoscabo psíquico en el art. 153 CP resulta bastante sorpresiva al entenderlo redundante por estar ya incluido en el término “lesión”.

Para DEL MORAL GARCÍA⁴³³ la acción abarca, en primer lugar, un menoscabo psíquico o una lesión que no sea constitutiva de delito, es decir, que no precise tratamiento médico o quirúrgico más allá de la primera asistencia médica, por lo que la expresión consistente en “causar lesiones” no plantea ningún problema que no existiese antes. El mismo autor entiende que el legislador con la reforma operada por la LIVG se limitó a transformar en delito la antigua falta del art. 617.1 CP, cuando el agresor tuviera las especiales relaciones que se recogen en el tipo delictivo, aunque resalta que no le deja de resultar paradójico que cuando el autor cause una lesión constitutiva de delito se le imponga una pena más leve por la vía del art. 147.2 CP. Respecto a la inclusión del “menoscabo psíquico” entiende que se refiere más al resultado producido que a la acción cometida. En segundo lugar, incluye también la

⁴³¹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “El delito de malos tratos en el ámbito familiar”, *TOL169.151@www.tirantonline.com*, 2002, pág. 2; DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos penales de la...”, ob. cit., págs. 470 y ss.

⁴³² NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T., “Lesiones, malos tratos...”, ob. cit., pág. 5.

⁴³³ DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos penales de la violencia...”, ob. cit., págs. 470 y ss.

acción de golpear o el maltrato de obra que no lleve aparejada lesión ninguna en términos equivalentes a la conducta descrita en el art. 617.2.

Respecto al **elemento subjetivo** sólo se admite su comisión dolosa. Sobre la existencia de un especial elemento subjetivo del injusto⁴³⁴, consistente en un ánimo de dominación, discriminación, desigualdad y sometimiento del sujeto pasivo sobre el pasivo, el TC en su sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo⁴³⁵ ya analizada rechaza de plano la existencia de una presunción legislativa consistente en que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurra una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima.

Como ya indiqué al analizar la citada sentencia el TC, según se indica en el fundamento jurídico undécimo, no presupone un mayor desvalor en la conducta del hombre a través de la presunción de algún rasgo que aumenta la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad del autor, sino que lo que hace el legislador es apreciar un mayor desvalor y gravedad propios de las conductas descritas en relación con las que tipifica en el apartado siguiente. También rechaza que de este modo se considere que la mujer es especialmente vulnerable, en el sentido de mayor susceptibilidad de ser agredida o de sufrir un daño por el hecho de ser mujer pues ello iría en contra de la idea de dignidad igual para todas las personas del art. 10.1 de la CE, sino que el legislador percibe una mayor gravedad o reproche en ciertas agresiones que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, pues las mismas se desarrollan en el seno de unos parámetros de desigualdad tan arcaicos, que producen entre sus graves consecuencias, la inseguridad, la intimidación y el menosprecio de quien las recibe.

⁴³⁴ TARDÓN OLMOS, M., “Elementos objetivos y subjetivos, en su caso, en los delitos de violencia de género”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010; SÁNCHEZ SISCART, J. M., “El elemento finalístico en el delito de maltrato del art. 153 CP en relación con el art. 1 de la Ley de Violencia de Género. Anexo de Jurisprudencia”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, págs. 107 a 178; ROIG TORRES, M., “La delimitación de la violencia de...”, ob. cit., págs. 247 a 312; GARCÍA ARÁN, M., “Injusto individual e injusto social en la violencia machista: A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja”, en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. y CUERDA ARNAU, M. L. (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y derecho penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 649 a 670; DE ELENA MURILLO, V., “La Ley sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales”, *La Ley*, nº 6428, 23 de febrero de 2006, pág. 11.

⁴³⁵ Acordada por el Pleno del TC, ponente Sala Sánchez, EDJ 2008/48144.

Por su parte el TS en su sentencia nº 807/2010, de 30 de septiembre⁴³⁶ rechaza también la existencia de un especial elemento subjetivo del injusto señalando que: *“...El recurrente afirma que la conducta correspondiente careció de connotaciones machistas y no estuvo animada por la voluntad de sojuzgar a la pareja o mantener sobre ella una situación de dominación, sino que estuvo relacionada con cuestiones económicas. Pero la Audiencia ha discurrido muy bien sobre este aspecto, al poner de relieve que ese precepto depara protección a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja, y ambos extremos, el de la convivencia en ese concepto y el de la violencia del que ahora recurre sobre su conviviente están perfectamente acreditados, incluso por el propio reconocimiento del mismo. Y siendo así, a efectos legales, es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo, cuando lo cierto es que el acusado hizo uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la perjudicada, relacionada con él como consta...”*⁴³⁷.

En cuanto a la posición de las Audiencias Provinciales y a pesar de la rotundidad del TC no existe unanimidad al respecto. La Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 27ª, entre otras⁴³⁸, siguiendo las directrices del TC, no exige ese elemento finalístico sino que considera suficiente acreditar la relación sentimental entre el sujeto activo y la víctima⁴³⁹.

No obstante, existen diversas AP en las que sí se exige ese especial “ánimo de dominación, abuso de poder, subyugación” e incluso van más allá y defienden que el

⁴³⁶ STS nº 807/2010, de 30 de septiembre, ponente Andrés Ibáñez, EDJ 2010/226136.

⁴³⁷ En idéntico sentido la STS nº 654/2009, de 8 de junio, ponente Puerta Luis, EDJ 2009/158082.

⁴³⁸ Tampoco se exige elemento finalístico en otras sentencias de Audiencias Provinciales como SAP de Huesca, Secc. 1ª, nº 224/2007, de 28 de diciembre, ponente García Castillo EDJ 2007/317311; SAP de Vizcaya, Secc. 6ª, nº 299/2007, de 26 de abril, ponente Gil Hernández, EDJ 2007/157988; la SAP de Girona, Secc. 4ª, nº 471/2007, de 6 de noviembre, ponente García Morales, EDJ 2007/270025 y la SAP de Alicante, Secc. 1ª, nº 78/2008, de 4 de febrero, ponente Gil Martínez, EDJ 2008/49054.

⁴³⁹ Así la SAP de Madrid, Secc. 27ª, nº 477/2010, de 18 de junio, ponente Rasillo López, EDJ 2007/208962 que recoge que *“...desde el punto de vista subjetivo el tipo sólo requiere el dolo entendido como ánimo genérico de menoscabar o atentar contra la integridad corporal o salud física o mental de aquella, tanto si es querido directamente por el agente como si éste se ha representado la posibilidad del resultado (dolo eventual). No exige el tipo ningún otro ánimo especial o distinto del referido a la prueba de las razones últimas en el obrar del sujeto...sino que únicamente se acredite que objetivamente y de forma intencionada y voluntaria ha perpetrado la acción que el legislador ha considerado constitutiva del ilícito penal y le ha aparejado pena determinada...”*. En idéntico sentido la SAP Madrid, Secc. 27ª, nº 374/2007, de 30 de abril, ponente Tardón Olmos, EDJ 2007/113573.

bien jurídico protegido es *“la preservación del ámbito familiar, sancionándose aquellos actos que exterioricen una actitud tendente a convertir aquél ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación o poder del hombre sobre su pareja y menores convivientes...”*, como por ejemplo, la SAP de Barcelona, Secc. 20ª, nº 243/2007, de 6 de marzo⁴⁴⁰ o la SAP de Barcelona, Secc. 20ª, nº 314/2007, de 13 de marzo⁴⁴¹, que exige *“acreditar una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por la dominación del hombre sobre la mujer...”*⁴⁴².

La Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado relativa a los “Criterios de aplicación de la LO de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género” rechaza que los delitos relacionados con la violencia de género contengan elementos subjetivos adicionados por el art. 1 de la LO 1/04, de 28 de diciembre de protección integral contra la violencia de género señalando que: *“La Ley opta por una definición de la violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor...Todas aquellas referencias a la intención finalista contenidas en la redacción originaria del Anteproyecto se eliminaron del Proyecto de Ley dada la negativa repercusión que en la aplicación de la Ley podía provocar la dificultad de probar ese elemento intencional...”*. Por lo demás en dicha Circular se considera que el sentimiento de superioridad o el elemento intencional está implícito en los delitos de los arts. 153.1, 171.4 y 172.2 del CP.

En mi opinión si lo que se pretende es dar respuesta a cualquier tipo de acometimiento dirigido a una mujer como miembro o exmiembro de un núcleo familiar constituido, bien por una relación matrimonial, bien por una relación sentimental estable y en virtud de ello, se castiga el simple acto de maltrato sin que en el tenor del Código Penal se contemple ningún elemento finalístico, la consecuencia lógica que hay que

⁴⁴⁰ SAP de Barcelona, Secc. 20ª, nº 243/2007, de 6 de marzo⁴⁴⁰, ponente Ortí Ponte, EDJ 2007/36586.

⁴⁴¹ SAP de Barcelona, Secc. 20ª, nº 314/2007, de 13 de marzo⁴⁴¹, ponente Pérez Maíquez EDJ 2007/107043.

⁴⁴² Véase también la SAP de Barcelona, Secc. 20ª, nº 154/2007, de 13 de febrero, ponente Ortí Ponte, EDJ 2007/71530, que sin exigir un dolo específico sí requiere acreditar, aunque sea puntualmente, una situación de dominio del hombre sobre la mujer, comprendiéndose dentro del delito la primera vez que aquél agrediera a la esposa o pareja sentimental aunque deja sin resolver cómo acreditar esa primera vez pues con frecuencia existen muchos casos en los que la víctima habiendo sido agredida no ha acudido a un centro médico ni ha presentado denuncia.

extraer es que el mismo no debe exigirse, en primer lugar por respeto al principio de legalidad, según el cual, lo que no está incluido en el tenor del texto del Código Penal no se debe exigir por vía interpretativa. En segundo lugar, en este debate se olvida que el ánimo interno es muy difícil de probar y que su prueba podría hacer que la víctima sufriera un proceso de victimización secundaria que potenciaría que muchas víctimas se pensasen mejor el interponer una denuncia, decidiesen no hacerlo o hacerlo más tarde, lo que a la larga podría potenciar que se produjera un resultado lesivo mayor y, en tercer y último lugar, porque se estaría transmitiendo un mensaje equivocado de cara a la prevención general de este tipo de delitos al colocar a la víctima en el centro de un interrogatorio para indagar sobre la voluntad interna del agresor.

Respecto a la **pena** establecida para el autor, el art. 153.1 del CP prevé penas alternativas de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. Además, el Juez o Tribunal impondrá la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años y sólo cuando lo considere adecuado al interés del menor o incapaz, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

A las penas anteriores habrá que añadir las contempladas en el art. 48.2 del CP, es decir, la de prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, ya en cualquier lugar donde se encuentre, o acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y cualquier otro que frecuente, quedando en suspenso hasta el total cumplimiento de la pena, el régimen de visitas, de comunicación y estancia con los hijos que se hubiere fijado en sentencia, por remisión imperativa del art. 57.2 del CP, por un tiempo superior entre uno y cinco años al de la duración de la pena, al tratarse de un delito menos grave.

En el caso del art. 153.2 del CP se recoge una cierta diferencia punitiva en lo que respecta a la pena de prisión, pues la misma oscila entre los tres meses a un año, y en la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que abarca desde los seis meses a los tres años, manteniéndose igual el resto de las penas.

Al respecto de esta **discrepancia punitiva surgida entre los arts. 153.1 y 153.2 del CP** para el TC⁴⁴³, como ya analicé al tratar la constitucionalidad de la ley y a cuyo estudio me remito, existe una justificación objetiva y razonable, fundamentada en la mayor gravedad de las agresiones producidas por el hombre, al responder las mismas a un tipo de violencia basadas en una manifestación de una situación de desigualdad y de discriminación, y que la misma no produce unas consecuencias desproporcionadas pues no ocasiona un desequilibrio patente, excesivo o irracional si comparamos la escasa diferencia de pena existente, que queda reducida a tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena, teniendo en cuenta además que dicha pena es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y que, el art. 153.4 del CP incorpora la posibilidad de imponer la pena inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”; debiéndose destacar, por último, que en el caso de que la agresión se produzca entre cónyuges, ex cónyuges o relaciones análogas entre sujetos convivientes distintos a los del primer inciso del art. 153.1 del CP y la víctima sea una persona especialmente vulnerable, dicha agresión será penada del mismo modo que la agresión del varón hacia quien es o fue su pareja femenina, que cabría entender de mayor desvalor.

En cuanto a las **conductas agravadas recogidas en el art. 153.3 CP**, el mismo establece una pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del CP o una medida cautelar o de seguridad de idéntica naturaleza. Conviene resaltar que se ha optado por imponer una pena en su mitad superior y no superior en grado. En mi opinión los supuestos recogidos en este apartado son lo suficientemente graves para ser castigados con una pena superior en grado a la prevista en los apartados 1º y 2º, si se tiene en cuenta el potencial peligroso de las conductas recogidas en el mismo y sin perjuicio de que en los supuestos menos graves pueda resultar aplicable el apartado 4º del art. 153, que permite imponer una pena inferior en grado.

El primer supuesto de agravación se refiere a que el hecho se perpetre **en presencia de menores**. No se especifica si tienen que tener o no relación de parentesco

⁴⁴³ En su sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo, acordada por el Pleno del mismo, ponente Sala Sánchez, EDJ 2008/48144.

con el agresor y la víctima, o sólo con esta última, sí basta con que convivan en el mismo domicilio que estos aunque no tengan relación de parentesco (por ejemplo, hijos de otros inquilinos del mismo domicilio) o si es suficiente con que sean testigos de lo ocurrido aunque no guarden con ello ningún tipo de relación ni convivencia (si los hechos ocurren, por ejemplo, en un parque infantil en presencia de otros menores), por lo que será la Jurisprudencia la que delimite este concepto. En el supuesto de que la víctima sea menor de edad, siempre que sea la esposa o la pareja sentimental del agresor, no resultará aplicable este apartado, aspecto criticable pues resulta agravada la agresión cuando se comete en presencia de menores pero no cuando la propia víctima es menor de edad. Al respecto MORENO VERDEJO⁴⁴⁴ señala que aunque el legislador no ha precisado qué tipo de menores deben estar presentes para que se pueda apreciar dicha circunstancia agravatoria, él considera que respecto de los mismos debe darse alguna de las relaciones del art. 173.2 del CP criterio que comparto pues es congruente con el hecho de que las agresiones entre extraños no se agravan cuando se cometen en presencia de menores. QUERALT JIMÉNEZ⁴⁴⁵ considera que para apreciar la agravación se requiere que la presencia del menor sea advertida por el agresor siendo necesario, por consiguiente, que dicha presencia sea física sin que baste con que el menor oiga la disputa.

El segundo supuesto agravado se refiere a cuando se cometa el delito **utilizando armas**. Según el Diccionario de la Real Academia Española, en su acepción primera, se define arma como “*instrumento, medio o máquina destinados a atacar o defenderse*”.

No se realiza en este tipo penal la distinción que sí se hace en el art. 148.1 del CP que diferencia entre armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud, física o psíquica del lesionado, puesto que en el art. 153.3 tan sólo se habla de armas. QUERALT JIMÉNEZ⁴⁴⁶ entiende necesario, además, que el arma sea utilizada no bastando con que sea portada o esgrimida.

⁴⁴⁴ MORENO VERDEJO, J.; “Análisis del delito de delito de maltrato familiar habitual. Análisis de Jurisprudencia”, *Colección Cuadernos de derecho judicial*, 2007, pág. 40.

⁴⁴⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., en *Derecho Penal Español. Parte especial*, Atelier, 2010, pág. 142.

⁴⁴⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal*, ob. cit., pág. 142.

En idéntico sentido GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN⁴⁴⁷ quien señala que al igual que ocurre en las lesiones cualificadas del art. 148.1 del CP, en el delito de maltrato no habitual agravado es necesario que las armas se utilicen, no siendo suficiente su exhibición de forma intimidatoria y entiende que cabe admitir tanto el arma de fuego como el arma blanca.

No obstante lo sentado por este sector doctrinal, TAMARIT SUMALLA⁴⁴⁸ entiende que cabe este supuesto agravado en el caso de que el agresor sólo llegue a esgrimir el arma sin llegar a usarla, fundamentando esta posición en el peligro abstracto que supone para la salud, junto al especial efecto intimidatorio de esta conducta, aunque yo no comparto esta manifestación pues el mostrar un arma de forma intimidatoria sin llegar a utilizarla encuadraría mejor dentro del delito de amenazas que en el de maltrato agravado.

El siguiente supuesto de agravación lo constituye el que el delito tenga lugar en el **domicilio común o en el domicilio de la víctima**. Se aumenta la pena al considerar que el autor se aprovecha de una mayor superioridad y representa un mayor peligro sobre el sujeto pasivo. Aquí se plantean problemas de competencia judicial a la hora de determinar cuál es el domicilio de la víctima en los casos en los que haya cambiado de ciudad de residencia, o cuando los hechos se hayan producido en el extranjero en período de vacaciones o por motivos de trabajo.

Con ocasión de un delito de maltrato instruido en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 8 de Madrid⁴⁴⁹, se planteó el dilema de determinar cuál era el órgano judicial competente para conocer, si el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o la Audiencia Nacional, pues la víctima narraba unos episodios de violencia que se venían sucediendo a lo largo de los años y que, en atención a la profesión del marido, tenían lugar tanto en España, como en el extranjero. El Fiscal se inclinó a favor de atribuir la competencia a la Audiencia Nacional invocando lo dispuesto en los arts. 23.2, el art. 65.1 apartado e) y 88 de la LOPJ y el art. 14 de la LECrim, que atribuían a dicho órgano

⁴⁴⁷ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., “Violencia de género: El maltrato no habitual...”, ob. cit., pág. 113.

⁴⁴⁸ TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las lesiones...”, ob. cit., pág. 127 en relación con las 646 y 647 de la misma obra.

⁴⁴⁹ Diligencias Previas 246/2010.

jurisdiccional la competencia para conocer de los delitos de violencia de género cometidos por españoles en el extranjero, y aunque en ese sentido resolvió la AP de Madrid, Secc. 26ª mediante auto nº 1189/10, de 11 de noviembre⁴⁵⁰, el TS⁴⁵¹ entendió que debía conocer de dichas actuaciones el JVM de origen, al entender que los hechos podrían ser constitutivos de un delito de maltrato habitual que se iniciaron en Madrid y que a pesar de continuar en Estados Unidos, se denunciaron en la capital donde el matrimonio tenía su residencia.

Cuando los hechos delictivos se produzcan en otra parte del territorio nacional, ya porque se ha acudido de vacaciones o es accidental, la competencia sigue viniendo dada por lo dispuesto en el art. 15 bis de la LECrim y, por tanto, será Juez competente el JVM del domicilio habitual de la víctima y no el del lugar en el que se produjeron los hechos. Hay que pensar que otra solución provocaría que se dejaran de instruir por el JVM que estuviere conociendo de hechos punitivos anteriores de la misma pareja, con la consiguiente repercusión punitiva⁴⁵².

El último supuesto agravatorio hace referencia al **quebrantamiento de la pena del art. 48 del CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza**. Sin perjuicio de desarrollarlo más profundamente cuando se analice el delito de quebrantamiento de pena o de medida cautelar, hay que advertir que en los casos en los que se produzca la agresión con quebrantamiento, de pena o de medida cautelar, habrá

⁴⁵⁰ Con ocasión de la comisión por parte de un español de varios hechos cometidos en el extranjero y en España contra su esposa quien al mismo tiempo tuvo varios domicilios no sólo en el extranjero sino también en el territorio español. En el Fundamento de Derecho 2º se indica que: “Asiste, a nuestro juicio, la razón al Ministerio Público al interponer el presente recurso de apelación, al que, por cierto, se adhieren todas las partes. No nos hallamos aquí, como es evidente, ante un problema vinculado a la competencia territorial para la instrucción, en la medida en que ninguna regla concerniente a dicha clase de competencia, la territorial, puede plantear conflicto entre un órgano con competencia territorial limitada dentro del Estado y otro, como lo son los de la Audiencia Nacional, con jurisdicción en toda España (artículo 62 de la LOPJ). Cuando se trata de precisar si la competencia para la instrucción de un determinado procedimiento corresponde o no a este órgano, las reglas competenciales que deberán ser analizadas conciernen no a la competencia territorial sino a la competencia objetiva o *ratione materiae*. En este sentido, resulta aquí de aplicación, como certeramente señala el Ministerio Público, lo establecido en el art. 65. e) de la LOPJ, cuando determina que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, conocerá, entre otros, de los delitos cometidos fuera del territorio nacional cuando conforme a las leyes o los tratados corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles...”.

⁴⁵¹ ATS de 19 de mayo de 2011, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2011/103755, cuestión de competencia nº 20114/2011, que atribuyó el conocimiento de las actuaciones al JVM nº 8 de Madrid al entender que los hechos se iniciaron en Madrid aunque la pareja vivió durante largo tiempo en Estados Unidos y posteriormente regresó a la capital donde fijaron su residencia.

⁴⁵² Por ejemplo, en materia de violencia habitual.

que castigar conforme al art. 153.3 del CP sin que sea posible, de conformidad con el principio de especialidad del art. 8.1 del CP, sancionar por separado ambas conductas⁴⁵³, y ello sin perjuicio de que en los casos en los que concurra el quebrantamiento de pena o de medida cautelar con cualquier otra circunstancia agravante del art. 153.3 se puedan castigar ambas conductas por separado en concurso ideal o real. Hay que recordar que en los supuestos de quebrantamiento de pena o de medida cautelar nos encontramos ante un delito contra la Administración de Justicia y; por consiguiente, la pena que se imponga por el mismo no va a llevar aparejada las penas contempladas en el art. 48 del CP y que, por tanto, tampoco se va a hacer depender su cumplimiento de la voluntad de la víctima de violencia de género.

Por último, y respecto al **tipo privilegiado** del art. 153.4 del CP, se permite al Juez imponer una pena inferior en grado, razonando dicha decisión en la sentencia de forma motivada, en los casos en los que las circunstancias personales del autor y las que concurran en el caso concreto, así lo merezcan por ser de menor entidad.

Este precepto permite entrar en juego a través del arbitrio judicial, la especial formación y experiencia que el Juez o Tribunal tengan a la hora de apreciar la gravedad de los hechos cometidos en una materia en la que se requiere una especial sensibilidad, para valorar las circunstancias que concurren, pues no es lo mismo la agresión a una persona desconocida, que la producida entre dos personas unidas por una relación sentimental presente o ya pasada, y que puede ser desencadenante de una violencia posterior mucho más grave.

Además ajustar la pena al hecho cometido en esta materia es de vital importancia, no sólo para que el autor de los hechos reciba un castigo por los mismos sino para lograr una auténtica prevención especial y desalentarle de cualquier nueva agresión que quiera cometer, de forma que no sienta que la pena sufrida no ha sido tan grave como cabía esperar y para que la víctima, en un segundo plano, no vea frustradas sus expectativas de protección y amparo judicial.

⁴⁵³ SAP de Madrid, Secc. 27ª, nº 4/2009, de 26 de enero resolviendo el recurso nº 13/2008, ponente Chacón Alonso, EDJ 2009/28981.

2.3.3 Protección contra las amenazas⁴⁵⁴

Otra de las reformas de la LO 1/2004, de 28 de diciembre afecta en su artículo 38 al delito de amenazas recogido en el art. 171 del CP, en los siguientes términos:

“1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiera.

3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.

4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al

⁴⁵⁴ A tal efecto, ALASTUEY DOBÓN, M. C., “Desarrollo parlamentario de la Ley...”, ob. cit., pág. 65; COMAS D’ARGEMIR, M., “Ley integral contra la Violencia de género...”, ob. cit., pág. 50; BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 31 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, S., “Hacia un derecho penal sin fundamentación...”, ob. cit. pág. 144 y ss.; RUEDA MARTÍN, M. A., “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 283 y ss.; SANCHO CASAJÚS, C., “La violencia doméstica y de género en los Juzgados de Guardia. Los Juicios Rápidos”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 371; MAYOR TEJERO, C., “La aplicación real de las normas sobre violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 386; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. N. y REQUEJO NAVEROS, M. T., “Lesiones, malos tratos...”, ob. cit., págs. 101 y ss.; BOLEA BARDÓN, C., “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9, 2007, <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf>, pág. 15 a 17, última visita el 2 de marzo de 2015; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 191 y ss.; entre otros.

interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

Dicho precepto está recogido dentro del Libro II, Título VI (Delitos contra la libertad) del Capítulo II del CP que lleva por rúbrica “De las amenazas” y su redacción actual procede de la modificación operada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que añadió los apartados 4, 5 y 6 del art. 171, según lo dispuesto en su art. 38.

Desde el punto de vista jurisprudencial la cuestión en torno al **bien jurídico protegido** es bastante pacífica y se ha señalado que el mismo es el derecho a la tranquilidad y a no estar sometido a temores en el desarrollo normal y ordinario de la vida⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ Así se ha plasmado en las STS nº 268/1999, de 26 de febrero, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1999/983, STS nº 1060/01, de 1 de junio, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2001/9444, STS nº 1875/2002 de 14 de febrero de 2003, ponente Marañón Chávarri, EDJ 2003/3216, STS nº 660/03, de 5 de mayo, ponente Colmenero Menéndez de Lurca, recurso nº 2617/2001, ROJ STS 3046/2003, STS nº 1162/04, de 15 de octubre, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2004/159760, STS nº 322/06, de 22 de marzo, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2006/59556, en la que se recoge que está integrado por los siguiente elementos: 1º) una conducta del agente integrada por expresiones o actos idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la comunicación de un mal injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata, que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo; 2º) es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo; 3º) que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea serio, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; 4º) que estas mismas

La jurisprudencia ha caracterizado el delito de amenazas, por los siguientes elementos: a) el bien jurídico protegido es la libertad y el derecho que todos tienen al sosiego, a la tranquilidad y a no estar sometidos a temores en el desarrollo normal y ordinario de su vida, b) se trata de un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, c) el contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio de un mal que constituye alguno de los delitos previstos en el tipo delictivo y el anuncio del mal tendrá que ser serio, real y perseverante, d) el mal que se anuncia habrá de ser futuro, injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y originador de una natural intimidación, e) se trata de un delito enteramente circunstancial, en relación al cual deben valorarse la ocasión en que se profieren las palabras amenazadoras, las personas intervinientes y los actos anteriores, simultáneos y posteriores, y, f) debe concurrir en el delito, finalmente, un dolo consistente en el propósito de ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego⁴⁵⁶.

Desde el punto de vista doctrinal la cuestión no es tan pacífica y así no falta autores como CARPIO BRIZ⁴⁵⁷ que, siguiendo la jurisprudencia mayoritaria, defienden que el bien jurídico protegido en este tipo delictivo es la **libertad individual** entendida como capacidad que tiene una persona para formarse una decisión propia (distinguiéndose así de las coacciones en las que entiende que el bien jurídico protegido

circunstancias, subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de la antijuricidad de la acción y la calificación como delictiva, STS nº 255/2012, de 29 de marzo, ponente Soriano Soriano, EDJ 2012/79404, STS nº 617/2012, de 17 de julio, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2012/161124, STS nº 774/2012, de 25 de octubre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2012/228174, ATS nº 160/2013, de 17 de enero, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2013/7116, ATS nº 215/2014, de 6 de febrero, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2014/21323, STS nº 609/2014, de 23 de septiembre, ponente Moral García, EDJ 2014/180031 y en la STS nº 692/2014, de 29 de octubre, ponente Soriano Soriano, EDJ 2014/185301, entre otras muchas.

⁴⁵⁶ Según STS de 13 de diciembre de 1982, ponente Hijas Palacios, EDJ 1982/7738, STS nº 2598/1992, de 2 de diciembre, ponente Soto Nieto, EDJ 1992/11935, STS nº 268/99 de 26 de febrero, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1999/983, STS nº 110/2000, de 12 de junio, ponente Marañón Chávarri, EDJ 2000/13857, STS nº 593/2003, de 16 de abril, ponente Soriano Soriano, EDJ 2003/25264, STS nº 1253/2005, de 26 de octubre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2005/180410, STS nº 259/2006, de 6 de marzo, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2006/24817, STS nº 636/2006, de 14 de junio, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2006/89294, STS nº 557/2007, de 21 de junio, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2007/70221, STS nº 180/2010, de 10 de marzo, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2010/16405, STS nº 617/2012, de 17 de julio, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2012/161124, ATS nº 215/2014, de 6 de febrero, Ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2014/21323 y STS nº 692/2014, de 29 de octubre, ponente Soriano Soriano, EDJ 2014/185301, entre otras.

⁴⁵⁷ CARPIO BRIZ, D.; “Comentario a los arts. 169 a 171 del CP”, en CORDOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S., (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 390 y 391.

es la libertad de conducirse conforme a una decisión previamente adoptada), así como alternativa o cumulativamente, el **sentimiento de seguridad**.

Para MUÑOZ CONDE⁴⁵⁸ es la **libertad de actuación en sentido amplio**, entendida como “*atributo de la capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o no hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión se vea constreñida o mediatizada por otras personas*”.

Otros autores haciéndose eco del criterio jurisprudencial seguido en las sentencias mencionadas, como COLINA OQUENDO⁴⁵⁹ y MARTÍN AGRAZ⁴⁶⁰, en sentido parecido consideran que el bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida. COLINA OQUENDO⁴⁶¹ entiende además, que esta falta elevada a la categoría de delito no admite continuidad delictiva de conformidad con las excepciones del art. 74 del CP. Para MARTÍN AGRAZ⁴⁶² la actual regulación de los arts. 171.4 y 171.5, el contenido de la Exposición de Motivos de la LIVG, la finalidad proteccionista que se persigue junto con el bien jurídico protegido ya señalado, permite afirmar, como sucede con el delito de maltrato, que en última instancia se pretende mantener la paz familiar.

Para DÍEZ RIPOLLÉS⁴⁶³ el objeto de protección es único en todas las amenazas y consiste en la libertad en el proceso de deliberación que ha de llevar a tomar una decisión de obrar externo. Otras posiciones, como la representada por GONZÁLEZ CUSSAC⁴⁶⁴, distinguen dos tipos de bienes jurídicos dependiendo si la amenaza es o no condicional y así, en las amenazas condicionales entienden que el bien jurídico protegido es la libertad de decisión o la libre formación de la voluntad pues la

⁴⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, ob. cit., págs. 152-153.

⁴⁵⁹ COLINA OQUENDO, P.; “Art. 171 del CP”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. y MARTÍNEZ GUERRA, A.; (coords.), *Código Penal Concordado y Comentado*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 752.

⁴⁶⁰ MARTÍN AGRAZ, P., *Tutela penal de la violencia...* ob. cit., págs. 44 y 45.

⁴⁶¹ COLINA OQUENDO, P.; “Art. 171 del CP...”, ob. cit., pág. 752.

⁴⁶² MARTÍN AGRAZ, P., *Tutela penal de la violencia...* ob. cit., págs. 44 y 45.

⁴⁶³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirat Lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 274.

⁴⁶⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. et al; *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 51.

producción del mal con que se amenaza se hace depender de que el sujeto realice o no una determinada conducta, mientras que en las amenazas no condicionales, estaría representado por el sentimiento de seguridad o de tranquilidad del sujeto pasivo, pues en este tipo de amenazas el mal con el que se amenaza no se hace depender de que el sujeto realice o no una actividad pues no depende de él.

En mi opinión debemos distinguir entre un bien jurídico inmediato consistente en la libertad que tiene toda persona en el proceso de formación de su voluntad sin sufrir injerencias o presiones externas, y un bien jurídico mediato, como fin último de protección consistente en última instancia, en el sosiego y tranquilidad tanto a nivel personal como familiar. Entiendo que ello es así pues en un primer momento, la amenaza provoca en quien la recibe una modificación en su conducta, en su toma de decisiones y, en definitiva, en su voluntad pues no cabe duda que de no existir dicha amenaza actuaría de forma muy distinta. En un segundo momento, la amenaza afecta no sólo a la tranquilidad personal de quien la recibe sino que se extiende también al resto de integrantes de la unidad familiar.

La **acción típica**⁴⁶⁵ está constituida por exteriorizar un propósito ilícito sobre otra persona que, en el caso de las amenazas condicionales, determinan y afectan a su actuar, es decir, la persona actúa de un modo diferente al que lo hubiera hecho de no existir dicha amenaza. En todo caso, es necesario que el sujeto pasivo perciba la amenaza del mal como real, serio y persistente.

La STS 180/10, de 10 de marzo⁴⁶⁶, esquematiza en su fundamento jurídico 8º, los caracteres generales del delito de amenazas señalando que:

1) El bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida.

⁴⁶⁵ Señalada, entre otras, por las siguientes sentencias: STS nº 180/10, de 10 de marzo, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2010/16405; STS nº 593/03, de 16 de abril, ponente Soriano Soriano, EDJ 2003/25264; STS nº 1253/05, de 26 de octubre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2005/180410 y STS nº 636/06, de 14 de junio, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2006/89294.

⁴⁶⁶ STS nº 180/10, de 10 de marzo, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2010/16405.

2) Es un delito de simple actividad de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo.

3) El contenido de la acción o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito de los enumerados, anuncio de un mal que ha de ser serio, real y persistente, atendiendo a las circunstancias concurrentes, y que éstas mismas circunstancias: subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente, como para merecer una contundente repulsa social que fundamente razonablemente el juicio de antijuricidad de la acción y su calificación como delictiva⁴⁶⁷.

4) El mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produce la natural intimidación en el amenazado⁴⁶⁸.

5) Este delito es inminentemente circunstancial, debiendo valorarse la ocasión en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza⁴⁶⁹.

6) El dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin o ánimo intimidatorio evidente contra la víctima⁴⁷⁰.

Para CARPIO BRIZ⁴⁷¹, siguiendo la STS nº 981/2006, de 17 de octubre⁴⁷² se trata de un delito en el que el núcleo básico de la conducta delictiva recae en la intimidación o *vis moral* manifestada por el sujeto activo, a través del anuncio por cualquier medio o modo de un mal futuro, injusto o posible que sufrirá el sujeto pasivo. Según dicho autor las modalidades básicas de este delito dependen de las características

⁴⁶⁷ Señalado también en la STS nº 557/2007, de 21 de junio, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2007/70221.

⁴⁶⁸ Apreciado también en la STS nº 268/99, de 26 de febrero, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1999/983.

⁴⁶⁹ Así se indica también en la STS nº 938/2004, de 12 de julio, ponente Monterder Ferrer, EDJ 2004/11609.

⁴⁷⁰ Además en el ATS nº 1880/2003, de 14 de noviembre, ponente Puerta Luis, EDJ 2003/152660.

⁴⁷¹ CARPIO BRIZ, D., “Comentario a los arts...”, ob. cit., págs. 390 y 391.

⁴⁷² Ponente Soriano Soriano, EDJ 2006/278377.

del mal anunciado (que debe tener un destinatario determinado, ser constitutivo de delito o no, con condición o sin ella, con proyección pro futuro que sirve para distinguirlo del mal inmediato de las coacciones basadas en la fuerza psicológica o *vis compulsiva*, debe ser verosímil e idóneo para afectar a la libre voluntad del que lo recibe, relativamente concreto, exteriorizado ya verbalmente o por escrito, gestos o incluso a través de terceros y su materialización debe estar al alcance del autor con independencia de su intención de ejecutarlo o no) y las de la condición, de existir de ésta última.

El autor citado, siguiendo las prescripciones de las STS nº 1424/2005, de 5 de diciembre⁴⁷³, STS nº 981/2006, de 17 de octubre⁴⁷⁴, STS nº 593/2003, de 16 de abril⁴⁷⁵ y ATS nº 514/2002, de 27 de febrero⁴⁷⁶, sostiene que este delito sólo admite su comisión dolosa, exigiéndose un dolo específico consistente en *“ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar a tal fin”* y es de mera actividad pues se consuma cuando la amenaza llega a conocimiento de la víctima sin necesidad de que la perturbe anímicamente y con independencia de la voluntad efectiva o no de efectuar el mal anunciado⁴⁷⁷.

Si pasamos a analizar el delito de amenazas dentro de la violencia de género, la entrada en vigor de la LIVG provocó que el art. 171 del CP contara con tres nuevos apartados, el 4º, 5º y 6º, con los que se pasaba a castigar como delito conductas que con anterioridad eran constitutivas de faltas cuando estuvieran dirigidas a determinados sujetos pasivos. El apartado 4º castiga las amenazas leves proferidas a la que es o ha sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia o a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor de las mismas.

⁴⁷³ Ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2005/225579.

⁴⁷⁴ Ponente Soriano Soriano, EDJ 2006/278377.

⁴⁷⁵ Ponente Soriano Soriano, EDJ 25264.

⁴⁷⁶ Ponente Puerta Luis, EDJ 2002/23336.

⁴⁷⁷ Según la STS nº 639/2006, de 14 de junio, ponente Soriano Soriano, EDJ 2006/83880 y la STS nº 938/2004, de 12 de julio, ponente Monterde Ferrer, EDJ 2004/116091.

Las especialidades relacionadas con los sujetos activo y pasivo, el posible elemento subjetivo de lo injusto y lo relativo a las personas especialmente vulnerable, son las mismas que las ya analizadas con ocasión del delito de maltrato del art. 153 del CP a cuyo estudio me remito.

En cuanto a la pena señalada en este precepto es la misma que la contemplada en el art. 153 del CP.

El apartado 5º del art. 171 se refiere al supuesto en que las amenazas se realicen con armas u otros instrumentos peligrosos a las personas recogidas en el art. 173.2, exceptuando a las protegidas en el apartado 4º, es decir, al cónyuge (hombre) o sobre la persona que esté o con la que haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (hombre), los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar.

El tenor de este precepto parece vetar la posibilidad de castigar conforme al art. 171. 4 y 5 los casos en los que el hombre amenaza con armas a su esposa o pareja sentimental, debiendo castigarse en estos casos conforme al art. 169 del CP concurriendo la agravante de parentesco del art. 23 del CP o bien conforme al art. 171.4 si la amenaza no fuere grave. Parece que dicha tesis viene avalada por el párrafo 2º del presente apartado, pues si lo comparamos con el tipo agravado del art. 153.3 (prevé penas superiores cuando los hechos tenían lugar en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o en el domicilio de la víctima o quebrantando alguna pena del art. 48 o medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza) no se recoge en el mismo el empleo de armas que sí se aprecia en el art. 153.3 para agravar la pena.

La Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado señala al respecto que: *“La nueva redacción legal no menciona expresamente como conducta punible comprendida en este apartado la amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos anteriormente prevista en el art. 153, pese a lo cual deben entenderse incluidas en su ámbito de aplicación siempre y cuando atendidas la entidad y circunstancias del hecho puedan reputarse como amenazas de intensidad leve. En otro caso, si la amenaza es*

grave, por el principio de especialidad deberá acudir a la aplicación de los artículos 169 o de los restantes apartados del art. 171 CP con la concurrencia, si procede, de la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del CP". Por consiguiente, para la Fiscalía General del Estado sí se prevé la inclusión, y la calificación, conforme dicho precepto de las amenazas leves con armas del marido a la mujer.

En mi opinión, el hecho de que el apartado 5º del CP recoja la expresión "*exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo*", parece dar a entender que sólo se podrán castigar conforme este precepto las amenazas leves con armas efectuadas por la mujer hacia el hombre con quien le unen las relaciones familiares protegidas y no las del hombre hacia la mujer.

Además hay que hacer dos precisiones más: La primera que en el art. 153.3 del CP se agravaba la pena cuando el hecho se ejecutase utilizando armas mientras que en el art. 171.5 se castiga la amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos; es decir, amplía el castigo a otros instrumentos que sin ser catalogados como armas resultan peligrosos⁴⁷⁸.

La segunda, que si en el art. 153.3 el uso de armas servía para agravar la agresión con una pena en su mitad superior a las contempladas en el apartado 1º, en el art. 171 del CP el uso de armas u otros instrumentos peligrosos no hace aumentar la pena, de hecho, la pena de prisión oscila entre los tres meses a un año.

⁴⁷⁸ Como por ejemplo, unas tijeras (apreciado así en la STS nº 861/2001, de 14 de mayo, ponente Martín Canivell, EDJ 2001/9100; STS nº 127/2014, de 25 de febrero, ponente Colmenero Menéndez de Luarda, EDJ 2014/25707 y STS nº 664/2010, de 4 de junio, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2010/153051), una catana (según STS nº 13/2013, de 17 de enero, ponente Monterde Ferrer, EDJ 2013/2724), un vaso de cristal (según SAP Badajoz, Sec.3ª, nº 2/2012, de 9 de enero, ponente Bueno Trenado, EDJ 2012/18878), pistolas simuladas o detonadas usadas a modo de martillo o maza (según SAP Madrid, Sec. 15ª, nº 221/2008, de 7 de mayo, ponente Jorge Barreiro, EDJ 2008/108836), una botella (según SAP Barcelona, Sec. 5ª, nº 777/2009, de 4 de noviembre, ponente Fernández Palma, EDJ 2009/322576), una jeringuilla con la aguja puesta (según STS nº 793/2000, de 10 de mayo, ponente Martín Canivell, EDJ 2000/10128), un cuchillo de cocina (según SAP Barcelona, Sec. 3ª, nº 412/2006, de 7 de abril, ponente Pérez de Rueda, EDJ 2006/291312), un cúter (según SAP Barcelona, Sec. 5ª, nº 167/2008, de 29 de febrero, ponente Morales Limia, EDJ 2008/42494), o una barra de hierro (según la SAP Albacete, Sec. 2ª, nº 35/2014, de 23 de enero, ponente Sánchez Purificación, EDJ 2014/18041), o un puñal, palos de madera o unos garrotes de determinadas dimensiones (según SAP de Tarragona, Sec. 2ª, de 17 de enero de 2007, rec. 336/2006, ponente Romero Adán, EDJ 2007/90717). Mientras que no lo sería una pistola de juguete (según SAP de Lleida, Sec. 1ª, nº 271/2013, de 10 de septiembre, ponente García Navascues, EDJ 2013/216196), un destornillador sin intención de usarlo (Según STS nº 458/2009, de 13 de abril, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2009/101669), un cortaúñas con la lima extendida (según SAP de Madrid, Sec. 17, nº 105/2007, de 6 de febrero, ponente Carmena Castrillo, EDJ 2007/63409) o un cartel anunciador (según SAP de Tarragona, Sec. 2ª, de 17 de enero de 2007, rec. 336/2006, ponente Romero Adán, EDJ 2007/90717).

En cuanto a qué debemos entender por “arma” me remito a lo estudiado en el tipo agravado del art. 153 del CP.

Por último cabe resaltar la peculiaridad de que en los casos en los que sea la mujer quien realice amenazas a su cónyuge o pareja sentimental, éstas sólo se considerarán como delito en los casos en los que las mismas se realicen con armas, puesto que sin ellas, se apreciará la falta del art. 620.2 del CP con la consiguiente diferencia sustancial en las penas a aplicar.

Por lo que respecta al apartado 6º del art. 171, similar al 153.4, permite al Juez imponer una pena inferior en grado, razonando dicha decisión en la sentencia de forma motivada, en los casos en los que las circunstancias personales del autor y las que concurran en el caso concreto, así lo merezcan por ser de menor entidad.

Como ya señalé al estudiar el párrafo 4º del art. 153, con contenido semejante, me parece de una importancia vital las previsiones contenidas en el mismo, si se tiene en cuenta que es en todo caso la percepción y la experiencia personal del Juez o Tribunal el que tiene que decidir la gravedad de la amenaza proferida en una materia tan sensible como esta en la que los hechos cometidos afectan a toda la familia⁴⁷⁹.

Este párrafo requiere ser relacionado con los párrafos 4º y 5º del art. 171 pues éstos castigan las amenazas leves y de nuevo corresponde al Juez o Tribunal valorar⁴⁸⁰ si lo son o, si por el contrario, deberían quedar ubicadas dentro del art. 169 del CP en atención a su gravedad. ¿Cómo se puede concluir que una amenaza verbal de muerte es grave o leve cuando tiene lugar entre personas que mantienen o mantuvieron una relación sentimental y que incluso pueden convivir en el mismo domicilio con el consiguiente peligro de que en cualquier momento se pueda materializar dicha amenaza? Esa decisión le corresponde al Juez o Tribunal a la hora de imponer la pena valorando las circunstancias referidas en el párrafo 6º: las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, debiendo juzgar aquí la gravedad

⁴⁷⁹ A tal efecto SAN SEGUNDO MANUEL, T., “Incidencia de la violencia de género en el ámbito civil de la familia y los menores”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010; SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Tratamiento de la violencia de género en España. Perspectiva legal. Perspectiva real”, *La Ley*, nº 8194, 2013.

⁴⁸⁰ A tal efecto VILLACORTA MANCEBO, L., “Principio de igualdad y legislador: Arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, número 130, Madrid, octubre-diciembre, 2005, págs. 35 a 75.

de la amenaza proferida, si a la misma le siguieron actos del autor que lleven a pensar que puede materializarla, si el autor estaba fuera de control o si actuaba con frialdad...etc.⁴⁸¹.

2.3.4 Protección contra las coacciones

Aparecen recogidas en el art. 172 del CP que castiga a:

“1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

⁴⁸¹ Nunca es más cierto que en el ámbito de la violencia de género los hechos revelan lo que sucede entre dos personas y nos colocan en la posición de éstas.

Este precepto aparece regulado en el Libro II, Título VI (Delitos contra la libertad) del Capítulo III del CP que lleva por rúbrica “De las coacciones” y su redacción actual procede de la modificación operada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que añadió el apartado 2º del art. 172, según lo dispuesto en su art. 39.

En cuanto al **bien jurídico protegido** y desde un **punto de vista jurisprudencial**, las STS nº 1191/2005, de 10 de octubre⁴⁸², STS nº 1010/2012, de 21 de diciembre⁴⁸³, STS nº 188/2013, de 22 de febrero⁴⁸⁴, STS nº 632/2013, de 17 de julio⁴⁸⁵ y el ATS nº 626/2007, de 29 de marzo⁴⁸⁶, entre otras resoluciones⁴⁸⁷, siguiendo las STS de 16 de mayo de 1989⁴⁸⁸, la STS de 26 de enero de 1994⁴⁸⁹ y la nº 868/2001, de 18 de mayo⁴⁹⁰, señalan que es la **libertad** y se integra por la concurrencia de una acción violenta que impide a una persona hacer lo que la ley no prohíbe.

La STS nº 1523/00, de 7 de octubre⁴⁹¹; STS nº 2/2003, de 9 de enero⁴⁹² y el ATS 951/2006, de 8 de marzo⁴⁹³ afirman, entre otras resoluciones⁴⁹⁴, que el bien jurídico protegido en el delito de coacciones lo constituye la **libertad individual** considerada como libertad de obrar, y entendida como “*la posibilidad de conducirse externamente de acuerdo con una decisión previamente adoptada*”.

⁴⁸² STS nº 1191/2005, de 10 de octubre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2005/171724.

⁴⁸³ STS nº 1010/2012, de 21 de diciembre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2012/303013.

⁴⁸⁴ STS nº 188/2013, de 22 de febrero, ponente Varela Castro, EDJ 2013/30002.

⁴⁸⁵ STS nº 632/2013, de 17 de julio, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2013/150014.

⁴⁸⁶ ATS nº 626/2007, de 29 de marzo, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2007/23634.

⁴⁸⁷ Como la STS nº 808/2011, de 15 de julio, ponente Varela Castro, EDJ 2011/155239.

⁴⁸⁸ STS de 16 de mayo de 1989, ponente Puerta Luis, EDJ 1989/5071.

⁴⁸⁹ STS de 26 de enero de 1994, ponente Martín Pallín, EDJ 1994/489.

⁴⁹⁰ STS nº 868/2001, de 18 de mayo, ponente Martín Pallín, EDJ 2001/11762.

⁴⁹¹ STS nº 1523/2000, de 7 de octubre, ponente Martín Canivell, EDJ 2000/32428.

⁴⁹² STS nº 2/2003, de 9 de enero, ponente Puerta Luis, EDJ 2003/993.

⁴⁹³ ATS nº 951/2006, de 8 de marzo, ponente Martín Pallín, EDJ 2006/60542.

⁴⁹⁴ Como el ATS nº 1450/2007, de 20 de septiembre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2007/177373; STS nº 61/2009, de 20 de enero, ponente Granados Pérez, EDJ 2009/11765 o STS nº 1307/2005, de 27 de octubre, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2005/207232.

En términos semejantes la STS nº 214/2011, de 3 de marzo⁴⁹⁵ identifica como bien jurídico protegido en el delito de coacciones la **libertad personal de actuación** pero “...únicamente frente a comportamientos incompatibles con ella, no frente a las influencias sobre los sentimientos de la persona capaces de orientar el sentido de sus decisiones sin eliminar por ello su condición de libres, al quedar estas influencias muy fuera del ámbito de protección de la norma...” y declarando como medio apto comisivo tanto la violencia física como la moral “...ésta última a través de una intimación personal e incluso a través de las cosas, siempre que de alguna manera afecte a la libertad de obrar o a la capacidad de actuar del sujeto pasivo...”.

La STS nº 934/2008, de 26 de noviembre⁴⁹⁶ recoge como bien jurídico protegido la **libertad de obrar** del individuo en sentido genérico sin que el mismo excluya “...otras manifestaciones referidas a la restricción de otros derechos fundamentales como la libertad ambulatoria, o negativamente la no detención o encierro de una persona fuera de los casos previstos por la Constitución y la ley...”.

Para la STS nº 712/2009, de 19 de junio⁴⁹⁷ el bien jurídico protegido en este delito es **libertad y seguridad** de las personas, resaltando la homogeneidad que existe entre los delitos de amenazas y coacciones y añadiendo que “...cuando se ataca la voluntad del sujeto pasivo, podemos encontrarnos ante un delito de coacciones, pero si es la tranquilidad el valor puesto en peligro, la tipicidad correcta está constituida por un delito de amenazas. Sabemos que ambas infracciones se encuentran en círculos concéntricos: el género está constituido por las coacciones, y la especie por el de amenazas. Una coacción existe en toda acción violenta, como en un robo, o en una detención ilegal, por lo que deben atenderse a las líneas específicas que delimitan la acción del infractor, para su correcta calificación jurídica...”.

La STS nº 664/2010, de 4 de junio⁴⁹⁸ recoge como bien jurídico protegido la **libertad individual** concretada en el **ejercicio de la voluntad** matizando que “...mientras en la coacción se dobla simplemente la voluntad de la víctima para

⁴⁹⁵ STS nº 214/2011, de 3 de marzo, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2011/30608.

⁴⁹⁶ STS nº 934/2008, de 26 de noviembre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2008/262368.

⁴⁹⁷ STS nº 712/2009, de 19 de junio, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2009/158054.

⁴⁹⁸ STS nº 664/2010, de 4 de junio, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2010/153051.

obligarla mediante “vía compulsiva” a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío sin que ello suponga una privación total de movimientos, en la detención ilegal no se doblega sino que se impone o se obliga imperativamente sin posibilidad alguna de defensa la voluntad de la víctima...”.

Desde un **punto de vista doctrinal** CARPIO BRIZ⁴⁹⁹, siguiendo la STS n° 1523/00, de 7 de octubre⁵⁰⁰, señala que es la libertad individual⁵⁰¹, en tanto que libertad de obrar, consistente en la posibilidad de conducirse externamente de acuerdo con una decisión previamente adoptada diferenciándose de las amenazas al proteger con las mismas la libertad como capacidad de formación de una decisión propia.

Para MUÑOZ CONDE⁵⁰² el bien jurídico protegido es la libertad, concretada en la libertad de actuación en un sentido amplio, como un atributo de la capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o no quiere hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión se vea constreñida o mediatizada por otras personas.

MIMBRERA TORRES⁵⁰³ defiende que el bien jurídico protegido debe situarse en el derecho de las personas a la libertad como derecho fundamental concretada en la salvaguarda jurídico-penal de la libertad de obrar del individuo, es decir, de la facultad de libre determinación y expansión de la voluntad individual.

Para LÓPEZ PEREGRÍN⁵⁰⁴ las amenazas y las coacciones comparten el mismo bien jurídico concretado en la libertad y en la seguridad, como derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo de su vida, por lo que entiende que la diferencia entre ambos ataques al mismo bien jurídico radica en el medio empleado: la intimidación (psicológica) en el caso de las amenazas y violencia (física) en las coacciones.

⁴⁹⁹ CARPIO BRIZ, D., “Comentario a los arts...”, ob. cit., págs. 398 y 399.

⁵⁰⁰ STS n° 1523/2000, de 7 de octubre, ponente Martín Canivell, EDJ 2000/32428.

⁵⁰¹ A tal efecto SILVERZWEIG, M. Z., “Domestic Terrorism: The debate and gender divides”, *Journal of Law & Family Studies*, Vol. 12, n° 1, 2010, págs. 251 a 259.

⁵⁰² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, ob. cit., págs. 151 y 152.

⁵⁰³ MIMBRERAS TORRES, E., “Comentario al art. 172 del Código Penal”, en CRUZ DE PABLO, J. A., *Comentarios al Código Penal*, Difusión, Madrid, 2008, pág. 208.

⁵⁰⁴ LÓPEZ PEREGRÍN, C., “Amenazas, coacciones...”, ob. cit., págs. 239 y ss.

QUINTERO OLIVARES⁵⁰⁵ sitúa el bien jurídico protegido de este delito en la libertad de expresión y ejecución de las propias decisiones y actos que han sido configurados interiormente y excluye la posibilidad de que el objeto de ataque pueda adelantarse a la fase de formación de la voluntad, pues en ese caso se invadiría el espacio propio de las amenazas. Para dicho autor las coacciones atentan contra la exteriorización física de lo que una persona quiere hacer o no hacer y llega a esa conclusión poniendo de manifiesto que el elemento caracterizador de las coacciones es la violencia inmediata lo que excluye la violencia moral remitida un futuro diferido en el tiempo (intimidación), propia del delito de amenazas y orientada a algo que el autor debe hacer o no hacer pero no inmediatamente, dejando de lado las amenazas no condicionales.

En mi opinión, en el delito de amenazas distinguíamos entre un bien jurídico inmediato consistente en la libertad que tiene toda persona en el proceso de formación de su voluntad sin sufrir injerencias o presiones externas, y un bien jurídico mediato, como fin último de protección consistente en última instancia, en el sosiego y tranquilidad tanto a nivel personal como familiar. De modo similar en el delito de coacciones podemos distinguir también, desde un punto de vista general, un bien jurídico consistente en la libertad en sentido amplio pero concretado, ya en un plano particular, en la facultad que tiene toda persona de conducirse y obrar libremente sin estar sujeta a ningún tipo de presión externa y ello es así pues, al igual que ocurre en el delito de amenazas, la coacción provoca en quien la recibe una modificación en su conducta, en su toma de decisiones y, en definitiva, en su voluntad pues no cabe duda que de no existir actuaría de forma muy distinta provocada por la violencia en que se manifiesta la coacción. La forma en que se manifieste esta violencia, que incluye no sólo la violencia física o *vis physica*, sino también la intimidación o *vis compulsiva* e incluso la fuerza en las cosas o *vis in rebus*⁵⁰⁶, hará que en ocasiones sea muy difícil distinguir entre el delito de coacciones y el de amenazas aunque lo fundamental para

⁵⁰⁵ QUINTERO OLIVARES, G., “Delitos contra la libertad”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) y MORALES PRATS, F., (coord.), *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 223 y 224.

⁵⁰⁶ STS nº 632/2013, de 17 de julio, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2013/150014.

distinguir las es el criterio temporal y mientras que en las amenazas es necesario un aplazamiento del mal anunciado, en las coacciones ese mal es inminente⁵⁰⁷.

Constituye la conducta típica de este delito, las acciones violentas dirigidas a impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe o compelerle a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS nº 1367/02, de 18 de julio⁵⁰⁸, señala que “las coacciones consisten en la realización de una violencia personal para impedir al otro realizar algo no prohibido o para obligar a otro a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto, siempre en contra de la libertad del obligado y sin legitimación para su realización. El núcleo central de la conducta consiste en imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación, la violencia física, la psíquica y la denominada violencia en las cosas”.

Desde un punto de vista jurisprudencial⁵⁰⁹, el delito de coacciones en los siguientes elementos:

1.- Una conducta violenta de contenido material (*vis física*), o intimidativa (*vis compulsiva*) ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos, bien de modo directo o indirecto a través de cosas (*vis in rebus*), e incluso de terceras personas.

2.- Un *modus operandi* encaminado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o a efectuar lo que no se quiere hacer, sea justo o injusto.

3.- La conducta debe ser de tal intensidad de violencia que se pueda calificar la misma de delito pues en los casos de baja intensidad de violencia se castigará como falta de coacción leve del art. 620.2 del CP, en atención no a la inexistencia de violencia

⁵⁰⁷ STS nº 846/2011, de 15 de julio, ponente Granados Pérez, EDJ 2011/155287.

⁵⁰⁸ Ponente Martínez Arrieta, EDJ 2002/29072.

⁵⁰⁹ Según las STS nº 669/199, de 5 de mayo, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 1999/8162, STS nº 1380/2001, de 11 de julio, resolviendo el recurso nº 4559/1999, ponente Martín Canivell, EDJ 2001/25201, STS nº 1091/2005, de 10 de octubre, ponente Monterde Ferrer, EDJ 2005/152989, STS nº 843/2005, de 29 de junio, ponente Soriano Soriano, EDJ 2005/113566, STS nº 1427/2005, de 2 de diciembre, ponente Granados Pérez, EDJ 244434, ATS nº 1450/2007, de 20 de septiembre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2007/177373, STS nº 61/2009, de 20 de enero, ponente Granados Pérez, EDJ 2009/11765, STS nº 580/2012, de 10 de julio, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2012/154683, STS nº 595/2012, de 12 de julio, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2012/154679, ATS nº 160/2013, de 17 de enero, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2013/7116 y ATS nº 746/2014, de 24 de abril, ponente Soriano Soriano, EDJ 2014/76917, entre otras.

sino en la escasa incidencia de la misma en la libertad de decisión y de acción del sujeto pasivo. Esta posición, no obstante, no se da en los supuestos en los que el sujeto pasivo es alguno de los contemplados en el art. 172.2 del CP (quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor).

4.- Que exista una intención (ánimo subjetivo) consistente en restringir la libertad ajena.

5.- Ilícitud de la conducta realizada, de tal forma que el sujeto activo no debe estar autorizado a emplear esa violencia o intimidación para obtener que el sujeto pasivo realice la conducta, pues en tal circunstancia existirá una causa eximente de justificación, frecuente en los supuestos de ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber⁵¹⁰.

Aunque los delitos de **amenazas y coacciones** compartan como bien jurídico protegido la libertad hay que precisar con la STS de 23 de noviembre de 1989⁵¹¹ que la diferencia entre ambas radica en que en las amenazas “...aparece un mal futuro con el que se inquieta al sujeto pasivo, mientras que en las coacciones, con la acción intimidante, lo que se consigue es impedir hacer lo que se quiere y es lícito, u obligar a realizar lo que no se quiere, sea lícito o no... ”.

En la STS nº 1107/2009, de 12 de noviembre⁵¹², a la hora de diferenciar entre el delito de coacciones y de amenazas, se señala que en el delito de coacciones existe una mayor inmediación entre el coaccionante y el coaccionado y la exigencia del comportamiento es realizar lo que no quiere, sea justo o injusto.

En idéntico sentido la STS nº 846/2011, de 15 de julio⁵¹³ declara que “ha sido tradicional acoger como diferenciador un criterio temporal de tal modo que para

⁵¹⁰ Ver además las STS nº 731/06, de 3 de julio, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2006/98775; STS nº 1379/1997, de 17 de noviembre, ponente Martín Canivell, EDJ 1997/10009; STS nº 255/1998 de 28 de febrero, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 1998/1539; STS nº 843/2005, de 29 de junio, ponente Soriano Soriano, EDJ 2005/113566 y la STS 305/2006, de 15 de marzo, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2006/76612.

⁵¹¹ STS de 23 de noviembre de 1989, ponente Delgado García, EDJ 1989/10473

⁵¹² Ponente Martín Pallín, EDJ 2009/265736.

⁵¹³ STS nº 846/2011, de 15 de julio, ponente Granados Pérez, EDJ 2011/155287.

entender que el delito es de amenazas es preciso que exista un aplazamiento temporal del mal augurado, mientras que en las coacciones el mal se presenta como inminente y actual. Más sutilmente se ha señalado como criterio determinante de una u otra calificación el efecto producido sobre la libertad del sujeto pasivo de la acción que será amenazas cuando incida sobre el proceso de formación de sus decisiones voluntarias y coacciones cuando afecte a la voluntad de obrar, pero también en esta última forma de distinguir se introduce un criterio de temporalidad en cuanto las amenazas inciden sobre un proceso mediato de decisión de la víctima y las coacciones afectan con inmediatez temporal a la adopción de una conducta...”.

También se hace necesario **diferenciar el delito de coacciones del de detención ilegal** y así la STS nº 632/2013, de 17 de julio⁵¹⁴ manifiesta que existe una relación entre ambos delitos pues “...*ambos atentan contra la libertad de las personas de tal modo que la coacción es el género y la detención ilegal es un delito especial que tiene por objeto privar a una persona de la libertad de ambulación...*”. En idéntico sentido las STS nº 13/2009, de 20 de enero⁵¹⁵, STS nº 192/2011, de 18 de marzo⁵¹⁶, STS nº 167/2012, de 1 de marzo⁵¹⁷ y STS nº 188/2013, de 22 de febrero⁵¹⁸, entre otras muchas⁵¹⁹.

En la STS nº 220/2013, de 21 de marzo⁵²⁰ se añade otro elemento fundamental para distinguir el delito de coacciones del de detención ilegal es la violencia. Así se recoge en la misma que “...*la detención admite varias formas comisivas, no requiriendo, necesariamente fuerza o violencia...ya que dada la amplitud de los términos en los que se expresa el art. 163.1 está permitido cualquier medio comisivo...incluido el intimidatorio...y los procedimientos engañosos...El delito de coacciones, por su parte, se comete cuando, sin estar autorizado, se impidiere a otro*

⁵¹⁴ Ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2013/150014.

⁵¹⁵ Ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2009/11753.

⁵¹⁶ Ponente Varela Castro, EDJ 2011/34690.

⁵¹⁷ Ponente Martínez Arrieta, EDJ 2012/44803.

⁵¹⁸ Ponente Varela Castro, EDJ 2013/30002.

⁵¹⁹ Como, por ejemplo, las STS nº 828/2005, de 27 de junio, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2005/108812; STS nº 934/2008, de 26 de noviembre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2008/262368; STS nº 664/2010, de 4 de junio, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2010/153051.

⁵²⁰ Ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 2013/32657.

con violencia hacer lo que la ley no le prohíbe o se le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto...uno y otro delito constituyen delitos contra la libertad de las personas, de tal modo que el delito de coacciones es el género y el de detención ilegal es un delito especial que tiene por objeto privar a una persona de su libertad de deambulación. De ahí que la jurisprudencia haya precisado que la relación entre ambas figuras delictivas, más que por la duración o permanencia de la situación, se refiere al principio de especialidad...”.

La STS nº 934/2008, de 26 de noviembre⁵²¹ sobre la frontera que separa el delito de coacciones del de detención ilegal señala que “...*hay dos principios esenciales para delimitar dicha frontera que se refieren a la especialidad y a la subsidiariedad. El primero en la medida que la coacción es el género y la detención ilegal la especie, puesto que la primera protege la libertad de obrar del individuo en sentido genérico mientras que el segundo se endereza a garantizar una manifestación específica de aquél valor cual es la libertad ambulatoria, de locomoción o de desplazamiento de la persona...Por otra parte, el delito de coacciones se aplicará subsidiariamente cuando el atentado contra la libertad personal no constituya a su vez un ataque a la libre movilidad de la persona, de forma que siempre restará el cauce más genérico de la libertad de obrar en general que se encuentra en la base de las coacciones...*”.

Según QUINTERO OLIVARES⁵²² el delito de coacciones es un delito de resultado que se perfecciona cuando el autor logra impedir o compeler a otra persona hacer lo que quiere o lo que no quiere y admite, aunque con reservas, formas imperfectas de ejecución y su diferencia con la detención ilegal reside en la duración temporal de la restricción de la libertad de la víctima siendo, por lo demás, delitos homogéneos que pueden ser apreciados de forma alternativa sin mermar las garantías del principio acusatorio.

En cambio, MIRAT HERNÁNDEZ⁵²³ defiende que el bien jurídico protegido en el delito de detenciones ilegales es la libertad de abandono que debe entenderse como ausencia de consentimiento por parte de la víctima a que esta parcela de su libertad sea

⁵²¹ Ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2008/262368.

⁵²² QUINTERO OLIVARES, G., “Delitos contra la libertad...ob. cit., pág. 225 y ss.

⁵²³ MIRAT HERNÁNDEZ, P., *Detenciones ilegales (artículo 163 del Código penal)*, Edersa, Madrid, 2001, pág. 132.

vulnerada. Esta opinión me parece interesante a tener en cuenta a la hora de diferenciar el delito de coacciones del de detenciones ilegales.

Para ACALE SÁNCHEZ⁵²⁴ al tratarse de un delito que parte de un ataque genérico a la libertad deben solucionarse los problemas concursales que plantea no sólo con el delito de amenazas sino también con el de detenciones ilegales. Fundamentalmente la diferencia entre ambos delitos radica en la parcela del bien jurídico libertad que uno y otro protegen: la capacidad de adoptar una decisión libremente aceptada sin interferencias ajenas (amenazas) y la capacidad de obrar sin la interferencia de la violencia ejercida por parte del sujeto activo, con independencia de que el sentimiento de tranquilidad de la víctima se vea afectado por igual en ambos supuestos, teniendo en cuenta que en las coacciones el sujeto pasivo no tiene que adoptar ninguna decisión porque la dinámica comisiva se lo impide pues la violencia ejercida por el sujeto activo y la comisión u omisión de la víctima son coetáneos.

Para la misma autora la diferencia entre las detenciones ilegales y las coacciones debe ser más matizada pues mientras que en las detenciones ilegales se protege la libertad ambulatoria del sujeto pasivo, en las coacciones se trata de proteger su capacidad de obrar, por lo que siempre que se afecte a la libertad ambulatoria se estará afectando la capacidad de obrar pero no a la inversa.

Para MUÑOZ CONDE⁵²⁵ el delito de detenciones ilegales no deja de ser una variante del delito de coacciones, aunque se diferencia del mismo en que el ataque a la libertad no es genérica sino que solo afecta a un aspecto de la misma, la ambulatoria y, además, en que los medios comisivos pues en la coacción quedan restringidos a la violencia, cosa que no ocurre en la detención ilegal.

Si pasamos a analizar el delito de coacciones en el ámbito de la violencia de género, el art. 39 de la LIVG modificó el art. 172 del CP añadiendo el actual apartado 2º que castiga, las coacciones leves dirigidas a quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al agresor por una análoga relación de afectividad, aun sin

⁵²⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., “La concreción de la discriminación por razón de género hacia la mujer en la parte especial del Código Penal: Los tipos penales en particular”, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S. A., Madrid, 2006, págs. 245 y ss.

⁵²⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, ob. cit., pág. 167.

convivencia con las mismas o a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (párrafo 2º), con las penas previstas para el delito de maltrato del art. 153.1 del CP y las amenazas del art. 171.4 del mismo texto legal. No hay que olvidar que con la LO 1/04, de 28 de diciembre se ha pretendido reforzar la protección de dichos bienes jurídicos cuando los mismos tienen lugar en el seno de la pareja, transformando en delito la conducta que con anterioridad tenía cabida dentro de la falta del art. 620.2.

LAURENZO COPELLO⁵²⁶ considera que la modificación operada en dicho precepto pretende justificar este nuevo avance punitivo en *“la necesidad de contrarrestar la amplia tolerancia social hacia la llamada “violencia ambiental”, entendiendo por tal un modo particularmente agresivo que tienen muchos hombres de relacionarse con la mujer como consecuencia de patrones culturales profundamente arraigados en nuestra sociedad”*.

En el apartado 4º del art. 171 del CP se recogen como sujetos pasivos del delito a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Dichos sujetos pasivos coinciden con los protegidos en los arts. 153.1 y 171.4 ya analizados.

Dentro de ese mismo apartado 2º se recoge un párrafo 3º agravando las anteriores penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Este párrafo 3º es similar al art. 153.3 del CP (aquí también se recoge como supuesto agravatorio el empleo de armas) y al art. 171.5 párrafo 2º del CP.

El párrafo último del art. 172.2 contempla la posibilidad de que el Juez o Tribunal, de forma razonada en la sentencia, pueda imponer una pena inferior en grado en atención a las circunstancias personales del autor y las que concurren en el hecho cometido de forma similar a la prevista en el art. 153 y 171 del CP.

Las especialidades relacionadas con los sujetos activo y pasivo, el posible elemento subjetivo de lo injusto, lo relativo a las personas especialmente vulnerables y

⁵²⁶ LAURENZO COPELLO, P., “Modificaciones en derecho penal...”, ob. cit., pág. 358.

lo relativo a los supuestos agravatorios del apartado 2º del párrafo 5º, son las mismas que las ya analizadas con ocasión del delito de maltrato del art. 153 del CP a cuyo estudio me remito.

Por otra parte, llama la atención la falta de correlación con el apartado 5º del art. 171 del CP que castiga la amenaza cuando la misma se realizaba con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 (exceptuadas quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor). Al respecto, y en mi opinión, hay que entender que cuando la coacción sea ejercida con armas u otros instrumentos peligrosos no debe entenderse leve e incluida en el art. 172.2 sino en el art. 172.1 teniendo en cuenta que este apartado recoge la expresión “*según la gravedad de la coacción o de los medios empleados*”, que ya el uso o empleo de armas para coaccionar a otra persona reviste la gravedad suficiente para no ser entendida como leve y que el legislador tampoco ha querido incluir la coacción con armas dentro del párrafo 3º del art. 172.2, de modo similar a como las incluye en el art. 153.3 en el delito de maltrato.

Por otro lado, la coacción leve ejercida contra las personas mencionadas en el art. 173.2, con la salvedad ya indicada, deberá castigarse conforme a la falta de coacciones leves del art. 620.2⁵²⁷, según el tenor de este precepto.

Para QUINTERO OLIVARES⁵²⁸ esa omisión es poco comprensible y seguramente se debe a un olvido del legislador, pues la nueva regulación de las amenazas y los malos tratos no es más que el resultado de desglosar y reubicar conductas que la reforma de la LO 11/2003 había situado en el art. 153, y en ese momento no se incluyeron, como en este precepto, las coacciones leves.

Para ACALE SÁNCHEZ⁵²⁹ no se trata de una omisión del legislador sino que es acorde con la propia naturaleza del delito de coacciones que exige violencia y no intimidación independientemente de que jurisprudencialmente se realice una

⁵²⁷ Véase al respecto IÑIGO CORROZA, E., “Aspectos penales de la...”, ob. cit. pág. 43; MARTÍN AGRAZ, P., *Tutela penal de la...*, ob. cit., pág. 49; ACALE SÁNCHEZ, M., “La concreción de la discriminación...”, ob. cit., págs. 244 y 245.

⁵²⁸ QUINTERO OLIVARES, G., “Delitos contra la libertad...”, ob. cit., pág. 229.

⁵²⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., “La concreción de la discriminación...”, ob. cit., pág. 244.

interpretación extensiva y se admita dentro del mismo, no sólo la violencia física, sino también la intimidación y la fuerza en las cosas.

Desde mi punto de vista, la modificación operada por la LIVG en el delito de coacciones representa un gran paso en la lucha contra la violencia de género. No hay que olvidar que en muchas ocasiones la coacción puede ser el primer paso de una conducta delictiva progresiva como, por ejemplo, las llamadas reiteradas⁵³⁰, ya a casa⁵³¹ o al móvil y a cualesquier hora del día, en cuanto que supone una comunicación no querida por la persona que recibe las llamadas, los encuentros no deseados y en sitios frecuentados por la víctima⁵³², el control en el uso del teléfono así como de las llamadas recibidas y efectuadas o el acceso a las redes sociales⁵³³, impedir que la víctima se relacione libremente con amigos⁵³⁴, obligarla a salir del domicilio en el que reside⁵³⁵, impedir que salga del mismo⁵³⁶, u obligarle a entrar en otro domicilio⁵³⁷ son actos que aunque ya individualmente considerados tienen gravedad, más aún la tienen si se parte de que en el futuro pueden desencadenar acciones aún más violentas si cabe y que representan en sí mismos conductas de dominación y de control que deben castigarse con todo rigor y a las que se debe poner fin.

⁵³⁰ Como bien señalan las SAP de Albacete, Sec. 2ª, nº 27/2012, de 3 de febrero, ponente Martínez-Escribano, Gómez, EDJ 2012/21787; la SAP de Cáceres, Sec. 2ª, nº 208/2006, de 13 de diciembre, ponente Tena Aragón, EDJ 2006/371255; la SAP de León, Sec. 1ª, nº 163/1997, de 5 de noviembre, ponente García Sánchez, EDJ 1997/15854; SAP de Teruel de 4 de diciembre de 1993, resolviendo recurso nº 74/1993, ponente Navarro Peña, EDJ 1993/13736, entre otras.

⁵³¹ A los efectos de conocer si se encuentra en casa o ha salido; en definitiva, de conocer los hábitos de la víctima.

⁵³² SAP Madrid, Sec. 15ª, nº 57/2007, de 12 de febrero, ponente Quintana San Martín, EDJ 2007/108888 en la que, aunque la agresora es la mujer, resulta aplicable lo dispuesto en la misma para el caso de que el autor sea un hombre; SAP de León, Sec. 3ª, nº 33/2012, de 18 de enero, ponente Santos Fernández, EDJ 2012/23496, SAP de Baleares, Sec. 1ª, nº 11/2002, de 4 de febrero, ponente Perelló Jorquera, EDJ 2002/8159;

⁵³³ SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 791/2013, de 24 de mayo, ponente Tardón Olmos, EDJ 2013/255925; SAP de Madrid, Sec. 27, nº 36/2006, de 29 de diciembre, ponente Tardón Olmos, EDJ 2006/461736;

⁵³⁴ SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 622/2008, de 2 de junio, ponente González Rivero, EDJ 2008/109859.

⁵³⁵ SAP de Valencia, Sec. 1ª, nº 611/2011, de 1 de diciembre, ponente Melero Villacañas-Lagranja, EDJ 2011/330202.

⁵³⁶ SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 1009/2008, de 29 de septiembre, ponente Tardón Olmos, EDJ 2008/327205.

⁵³⁷ SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 30/2008, de 6 de octubre, ponente Tardón Olmos, EDJ 2008/327226 o SAP de Girona, Sec. 4ª, nº 258/2014, de 30 de abril, ponente García Morales, EDJ 2014/143055.

2.3.5 Protección contra el maltrato habitual

Este delito se castiga en el art. 173.2 del CP y aparece recogido en el Libro II, Título VII del CP bajo la rúbrica “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. El castigo específico de los malos tratos habituales, en el ámbito familiar, se introdujo en el CP en virtud de la reforma operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, que dio redacción al art. 425, hoy ya derogado, precedente del art. 153 del CP de 1995. Con la LO 11/2003, de 29 de septiembre se produjo su reubicación desde el Título III al Título VII y su redacción actual hasta la fecha con el siguiente contenido:

“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

La reubicación realizada con la LO 11/2003 sirvió para hacer distinguir el bien jurídico protegido con este delito del protegido en los delitos de lesiones⁵³⁸.

Desde un punto de vista jurisprudencial, la STS nº 168/2012, de 14 de marzo⁵³⁹ recoge, en el fundamento jurídico tercero, que “...*al lado de la integridad o salud física o psíquica que, como bien jurídico individual, se protege mediante los delitos de lesiones, en el delito de malos tratos habituales el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia protegiéndose, al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo...*”⁵⁴⁰. Parece, por consiguiente, que además de un bien jurídico individual consistente en la integridad o salud física se reconoce un bien jurídico colectivo que es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia como manifestación de la paz familiar.

En este mismo sentido, la STS nº 33/2010, de 3 de febrero⁵⁴¹, siguiendo la STS nº 927/2000, de 24 de junio⁵⁴², manifiesta que “... *el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, art. 10, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes, art. 15, y en el derecho a la seguridad, art. 17, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica,*

⁵³⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., “Excurso sobre el delito de malos tratos habituales en distintos ámbitos”, en *La discriminación de la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S. A., Madrid, 2006, págs. 278 y 279; BOLDOVA PASAMAR, M. A., y RUEDA MARTÍN, M. A., “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 14, 2004, pág. 18; TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) y MORALES PRATS, F., (coord.), *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 247 y 248.

⁵³⁹ STS nº 168/2012, de 14 de marzo, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2012/48547.

⁵⁴⁰ Así también se aprecia en las STS nº 1044/2009, de 3 de noviembre, ponente Gamos Gancedo, EDJ 2009/259081; STS nº 474/2010, de 17 de mayo, ponente Monterde Ferrer, EDJ 2010/84226; STS nº 1154/2011, de 10 de noviembre, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2011/283564 y STS nº 66/2013, de 25 de enero, ponente Jorge Barreiro, EDJ 2013/7025.

⁵⁴¹ STS nº 33/2010, de 3 de febrero, ponente Varela Castro, EDJ 2010/9940.

⁵⁴² STS nº 927/2000, de 24 de junio, ponente Giménez García, EDJ 2000/15864

como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39...Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquél ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes... ”⁵⁴³.

La STS nº 407/2014, de 13 de mayo⁵⁴⁴ recoge que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona que, como víctima, así se ve denigrada, junto con la protección de la paz familiar y del derecho a la seguridad.

La STS nº 137/2008, de 18 de febrero⁵⁴⁵ destaca el carácter autónomo, independiente y distinto de los derechos a la vida, integridad física e incluso a la libertad y al honor del bien jurídico tutelado por el art. 173.2 del CP.

Para la doctrina la cuestión no es nada pacífica. Así TAMARIT SUMALLA⁵⁴⁶ sostiene que el objeto de protección no es la salud ni la integridad corporal, sino que está representado por la integridad moral o el derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante como manifestación del principio de dignidad humana, sin perjuicio de la vinculación de los mencionados bienes jurídicos al espacio común de los delitos contra la incolumidad corporal.

Para PÉREZ GINES⁵⁴⁷ el bien jurídico protegido no solo es la integridad o salud física sino también la protección de la dignidad humana a todos los integrantes en un contexto familiar.

⁵⁴³ En idéntico sentido las STS nº 1159/2005, de 10 de octubre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2005/ 162014, STS nº 9/2011, de 31 de enero, ponente Soriano Soriano, EDJ 2011/6697; STS nº 1059/2012, de 27 de diciembre, ponente Varela Castro, EDJ 2012/310484.

⁵⁴⁴ STS nº 407/2014, de 13 de mayo, ponente Maza Martín, EDJ 2014/140116.

⁵⁴⁵ Ponente Varela Castro, EDJ 2008/31047.

⁵⁴⁶ TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las torturas y otros...”, ob. cit., pág. 248.

⁵⁴⁷ PÉREZ GINES, C. A., *Derecho, realidad social y violencia de género. Un breve enfoque criminológico*, Difusión, Madrid, 2011, pág. 94.

FUENTES SORIANO⁵⁴⁸ entiende que el bien jurídico protegido en este delito se refiere al normal desarrollo de las relaciones surgidas como consecuencia de una situación afectiva intensa familiar o análoga, que no necesariamente debe traducirse en convivencia. Para ella lo que se protege con la tipificación de la violencia doméstica habitual es el normal desarrollo de la persona en el seno, bien de la familia, bien de relaciones afectivas análogas e incluso el normal desarrollo de la persona una vez que se ha puesto fin a las mismas.

MUÑOZ CONDE⁵⁴⁹, NÚÑEZ CASTAÑO⁵⁵⁰ y RAMÓN RIBAS⁵⁵¹ defienden que el bien jurídico protegido es la integridad moral. Para éste último, el hecho de que los actos de violencia recaigan sobre la institución familiar no altera la verdadera naturaleza de este delito, cuyo injusto lo constituye la lesión de la integridad moral y añade que: *“del mismo modo...que un abuso sexual cometido por un padre o una madre sobre el otro, o sobre alguno de sus hijos, no deja de ser un delito contra la libertad sexual para transformarse en un delito contra las relaciones familiares por el mero hecho de producirse entre los miembros de la familia, la lesión a la integridad moral lo sigue siendo aun cuando tenga lugar, también, entre quienes forman parte de una misma familia...”*.

Para COLINA OQUENDO⁵⁵² el objeto de protección es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad o más sucintamente, la pacífica convivencia familiar.

FARRÉ DÍAZ⁵⁵³ defiende que nos encontramos ante un bien jurídico de naturaleza mixta puesto que junto con la salud o integridad física se tutela también la

⁵⁴⁸ FUENTES SORIANO, O., “Acciones positivas, tutela penal y tutela judicial en la ley integral”, en GÓMEZ COLOMER, J. L., *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2007, págs. 205 y 206.

⁵⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* ob. cit., pág. 184.

⁵⁵⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal. El maltrato habitual”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 170.

⁵⁵¹ RAMÓN RIBAS, E., “Las relaciones entre los delitos de violencia de género y...”, ob. cit., págs. 33 y ss.

⁵⁵² COLINA OQUENDO, P., “Art. 173 del Código Penal” en RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Dir.) y MARTÍNEZ GUERRA, A., (coord.), *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, 4ª Ed., Las Rozas (Madrid), 2011, pág. 173.

⁵⁵³ FARRÉ DÍAZ, E. “Comentario al art. 173 del CP...”, ob. cit., pág. 234.

pacífica convivencia en el grupo familiar, el derecho a ser tratado como persona y no como objeto susceptible de ser dominado, esto es, se protege la degradación moral que la violencia habitual genera en dicho grupo, entendiéndose como tal la que crea sentimientos de terror, de angustia o de inferioridad susceptibles de humillar, de envilecer y de quebrantar, en su caso, la resistencia física o moral.

En términos parecidos encontramos a MORENO VERDEJO⁵⁵⁴ quien distingue dos planos en este delito: un primero referido a aquel acto que puede considerarse aisladamente con encaje en algún tipo penal (homicidio, aborto, lesiones, maltrato de obra, coacción, amenaza, vejación injusta...). Segundo, la conducta violenta reiterada o habitual castigada en el art. 173.2 CP. Ambos planos no se separan con claridad pues la consideración de varios hechos aislados permitirá apreciar la habitualidad recogida en dicho precepto.

Para BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN⁵⁵⁵, hasta la última reforma legislativa, el bien jurídico protegido no era otro que la integridad corporal o la salud física o mental, pero tras la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre en la que se traslada a otro título diferente del CP hace necesario replantearse el problema. Según los mismos el cambio de ubicación no ha estado acompañado de una modificación del contenido del injusto del precepto, cuya conducta antijurídica es estructuralmente la misma, aunque se haya visto ampliado el círculo de sujetos, por lo que sigue sin exigirse un resultado concreto en el que encarnar la lesión del bien jurídico. Además cuando con la acción delictiva se lesiona o se pone en peligro bienes jurídicos de la víctima, generalmente se está produciendo también un atentado a su integridad moral. En cualquier caso la decisión legislativa de reordenar esta figura delictiva no obliga al intérprete a renunciar al bien jurídico de la salud pues aunque éste lleve aparejado el de la integridad moral, atendiendo sólo a dicho bien jurídico no es posible captar la totalidad del contenido de injusto de la violencia habitual.

⁵⁵⁴ MORENO VEDEJO, J., “Análisis del maltrato familiar habitual”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007, págs. 59 y 60.

⁵⁵⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., “El nuevo tratamiento de la violencia...”, ob. cit., págs. 15 y ss.

Bastante interesante resulta la posición de DEL MORAL GARCÍA⁵⁵⁶ quien piensa que *“situar el objeto de protección en el ámbito familiar, como bien supraindividual, era la tesis que permitía resolver satisfactoriamente los problemas concursales y que hubiese propiciado un espacio definido a esta figura penal. Sólo en esa necesidad de protección de la institución familiar (art. 39 CE) puede encontrarse un fundamento sobre el que asentar sólidamente la doble sanción en los casos de habitualidad. En estos supuestos no sólo se está violando el bien jurídico “integridad física” sino también un auténtico deber jurídico afirmado por el art. 67 del Código Civil o por los deberes especiales frente a parientes...”*.

No obstante la posición anterior, no faltan autores como, por ejemplo, ASÚA BATARRITA⁵⁵⁷, para quien la consideración de la paz o el orden familiar como bien jurídico protegido, de carácter institucional supraindividual, resulta perturbador *“por las evocaciones que contiene de la imagen tradicional de la familia como ente al que quedan supeditado la autonomía e individualidad de sus integrantes”*. Para esta autora, la admisión como bien jurídico protegido en el delito de maltrato habitual, de la paz o el orden familiar resultaría difícilmente conciliable con la afectación concreta de bienes jurídicos personalísimos de la víctima, que quedarían diluidos.

En mi opinión, y en una línea bastante similar a la de DEL MORAL GARCÍA, para hallar una respuesta a cuál es el bien jurídico protegido debemos tener en cuenta lo señalado en el art. 173.2 in fine cuando habla de *“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”* y las previsiones del art. 177 del CP, que contempla el castigo por separado del atentado contra la integridad moral de las lesiones o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero que, efectivamente se hubiera producido. De lo referido parece deducirse que el bien objeto de protección en el art. 173.2 del CP es distinto de la salud, de la integridad física, de la libertad sexual...etc. Si tenemos en cuenta además, que el mismo se halla integrado dentro de los delitos contra la integridad moral, podemos concluir que al igual de lo que ocurría con el delito de maltrato del art. 153 del CP nos encontramos con un bien

⁵⁵⁶ DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos penales de la violencia...”, ob. cit., págs. 475 y 476.

⁵⁵⁷ ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones. Cuadernos Penales* José María Lidón, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág. 217.

jurídico protegido muy amplio pues abarca no sólo la integridad moral, física o psíquica de la persona individualmente considerada, sino que al producirse en un ámbito familiar, también resultada afectada la pacífica convivencia de la misma.

Siguiendo a BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN⁵⁵⁸ podemos señalar que las notas que definen el tipo delictivo de la violencia habitual son la existencia de un determinado vínculo entre el sujeto activo y el pasivo, el empleo de violencia física o psíquica y la habitualidad de ésta.

Respecto al **sujeto activo y pasivo**⁵⁵⁹, el art. 173.2 castiga la violencia física o psíquica, de forma habitual, cuando se ejerza sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

⁵⁵⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A., y RUEDA MARTÍN, M. A., “El nuevo tratamiento de la violencia...”, ob. cit., pág. 14.

⁵⁵⁹ CORDOY BIDASOLO, M., “Problemática jurídico-penal...”, ob. cit., págs. 319 y ss; MORILLAS CUEVAS, L., “El derecho penal y la violencia...”, ob. cit., pág. 252; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica...”, ob. cit., pág. 79 a 86; ACALA SÁNCHEZ, M., “Excurso sobre el delito de...”, ob. cit., pág. 290; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*...ob. cit., págs. 192 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) y MORALES PRATS, F., (coord.), *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 249 y 250; TARDÓN OLMOS, M., “El delito de violencia habitual del art. 173.2 Código Penal”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2012, número 12, págs. 22 a 28; VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F., “El régimen jurídico-penal de la violencia de género: algunas consideraciones críticas” en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pág. 151; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., “Análisis criminológico del delito...”, ob. cit., págs. 32 y ss.; MOLINA BLÁZQUEZ, C; MIRAT HERNÁNDEZ, P y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “El tratamiento penal de la ...”, ob. cit., pág. 133; COLINA OQUENDO, P., “Art. 173 del CP...”, ob. cit., págs. 763 y ss; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: Artículo 173.2 del Código Penal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 192 y ss; GARCÍA CELAÁ, B., “Violencia de género. El delito de maltrato del actual artículo 173 del CP tras la reforma operada por la LO 11/2003”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones. Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág. 301; ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de “violencia doméstica”...”, ob. cit. págs. 217 y ss; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “El delito de maltrato en el ámbito familiar...”, ob. cit., págs. 73 y ss; MAGARIÑOS YÁNEZ, J. A., *El derecho contra la violencia...*, ob. cit., págs. 33 y ss; SAN SEGUNDO MANUEL, T., “Impacto de la violencia...”, ob. cit., págs. 133 y ss.

Respecto al **sujeto activo**, el art. 173.2 del CP recoge una serie de relaciones de parentesco que deben concurrir en el mismo para que pueda ser considerado como tal⁵⁶⁰ sin distinción por razón de sexo entre sus autores o víctimas, aunque para ello se exige que la violencia se ejerza de forma habitual⁵⁶¹, a diferencia del delito de maltrato del art. 153 en el que sólo puede ser sujeto activo el hombre y sujeto pasivo la mujer.

Para MUÑOZ SÁNCHEZ⁵⁶² lo determinante para la realización del tipo no es la relación familiar o similar que establece la ley y que debe darse, sino la relación de dominio y de poder que proporciona esa relación jurídica que deja a la víctima en una situación de indefensión.

FARRÉ DÍAZ⁵⁶³ entiende que se trata de un delito especial pues sólo puede ser sujeto activo quien guarde una relación de parentesco o asimilado con la víctima y que deben quedar excluidas aquellas situaciones en las que la violencia se genere por motivo de cualquier otra relación diferente, como podría ser la relación laboral aunque yo no comparto esta última afirmación pues entiendo que la expresión “cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar” contenida en el art. 173.2 podría amparar una relación laboral entre el sujeto activo y pasivo.

Bajo mi punto de vista, las relaciones descritas en el art. 173.2 del CP no sólo determinan quién puede ser sujeto activo del delito sino también sujeto pasivo, pues éste último forma parte de dicha relación.

De la redacción de este precepto se pueden distinguir los siguientes núcleos de **sujetos pasivos**:

En primer lugar, cónyuges, excónyuges, parejas o exparejas de hecho, aún sin convivencia y con independencia del sexo de los integrantes, pues el tipo penal ya no se refiere a que “*la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*”, como recogía

⁵⁶⁰ TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las Torturas y otros delitos...”, ob. cit., pág. 249; DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos penales de la violencia...”, ob. cit., págs. 487 a 490.

⁵⁶¹ RAMÓN RIBAS, E., “Las relaciones entre los delitos de violencia de género y...”, ob. cit., pág. 57.

⁵⁶² MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica...”, ob. cit., pág. 79.

⁵⁶³ FARRÉ DÍAZ, E., “Comentario al art. 173 del CP...”, ob. cit., pág. 251.

el art. 153 del CP por lo otorga también protección a parejas o exparejas formadas por personas del mismo sexo⁵⁶⁴. Además al no exigirse convivencia también serán objeto de protección aquellos que mantengan una relación sentimental sin la misma⁵⁶⁵.

En un segundo plano nos encontraríamos con los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente. La redacción empleada en este apartado hace surgir la duda de si es necesario que dichas personas convivan en el hogar familiar para aplicar el tipo delictivo. Surgen dos posibilidades: una, entender que no es necesario la convivencia pues tras la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre ya no se menciona expresamente en el art. 173.2 CP, por lo que no debe exigirse. Esta posición fue la seguida por el Ministerio Fiscal, conforme se recoge en la Circular nº 4/2003, de la FGE hasta la Consulta nº 1/2008, de 28 de julio, que entendía más acorde con la voluntad del legislador de ampliar el círculo de protección a relaciones próximas de parentesco, para luchar contra la lacra de la violencia doméstica. Además se defendía por el Ministerio Público que el art. 173.2 del CP distinguía varias categorías de parentesco, separadas por la conjunción “o”, para los que sólo se hacía mención expresa del requisito de la convivencia a los menores o incapaces y a cualquier otra persona amparada en cualquier otra relación “por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar”⁵⁶⁶.

La otra opción era entender necesario la convivencia entre el sujeto activo y pasivo para poder castigar conforme el art. 173.2 del CP. Así se concluye en la STS nº 201/2007, de 16 de marzo⁵⁶⁷ que señala en su fundamento de derecho primero que en el supuesto específico de los “descendientes, ascendientes o hermanos” sí se requiere

⁵⁶⁴ Como se recoge en la Circular de la FGE nº 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LIVG, pág. 28. También se defiende por FARRÉ DÍAZ, E., “Comentario al ar. 173 del CP...”, ob. cit., pág. 253.

⁵⁶⁵ Así también se aprecia en la Circular de la FGE nº 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, apartado II.5.

⁵⁶⁶ Esta posición encontró su respaldo en las SAP de Guipúzcoa, Sec. 1ª, nº 40/2007, de 13 de febrero, ponente Maeso Ventureira, EDJ 2007/33937, SAP de Pontevedra, Sec. 5ª, nº 5/2007, de 10 de enero, ponente Ferrer González, EDJ 2007/12017, SAP de Granada, Sec. 1ª, nº 151/2007, de 8 de marzo, ponente Rodríguez Valverde, EDJ 2007/74433, SAP de Albacete, Sec. 2ª, nº 51/2006, de 16 de octubre, ponente Nebot de la Concha, EDJ 2006/353424, SAP de Albacete, Sec. 2ª, nº 85/2006, de 7 de diciembre, ponente Nebot de la Concha, EDJ 2006/388392, SAP de Albacete, Sec. 2ª, nº 38/2007, de 20 de febrero, ponente Nebot de la Concha, EDJ 2007/101135, SAP de Lugo, Sec. 2ª, nº 134/2006, de 28 de noviembre, ponente Fernández Cloos, EDJ 2006/424827 y en la SAP de Girona, Sec. 3ª, nº 156/2005, de 9 de febrero, ponente García Morales, EDJ 2005/38038, entre otras

⁵⁶⁷ Ponente Andrés Ibáñez, EDJ 2007/16974.

convivencia para que resulte de aplicación el precepto analizado y ello porque carecería de sentido elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no se hallen en situación de desamparo o debilidad y porque en su redacción original, prevista en el art. 153 CP, sí se exigía convivencia en todos los casos, al igual que en la LO 14/1999⁵⁶⁸.

Además de lo anterior la Audiencia Provincial de Madrid, en acuerdo de unificación de criterios de 25 de mayo de 2007, y la Audiencia Provincial de Cantabria, en acuerdo de unificación de criterios de 26 de octubre de 2007 acordaron que en el caso de “descendientes, ascendientes o hermanos” se requería la convivencia con el agresor para entender aplicables los artículos 153 y 173 del CP.

La Consulta nº 1/2008, de 28 de julio, de la FGE concluye que, en atención al sentido propio de las palabras empleadas por el legislador y al espíritu y finalidad de la norma, es más acorde con el propósito de prevención y represión de la violencia doméstica, sancionar más gravemente los casos que se producen en el marco de una comunidad estable que no se basa únicamente en los meros vínculos de parentesco, pues es el ámbito de la convivencia entre hermanos, ascendientes y descendientes donde cobra un auténtico sentido la protección del miembro más débil respecto del más fuerte y evitar así situaciones basadas en relaciones de dominación. Por ello, en los casos en los que las conductas se dirijan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, se entenderá necesario para calificar la conducta como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima, sin la cual deberá reputarse falta. Además al aludir el texto a “descendientes” y no a hijos tendrá cabida la protección a nietos u otros descendientes⁵⁶⁹ con independencia de que sean mayores o menores de edad.

A continuación, el precepto se refiere a los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda

⁵⁶⁸ Se puede observar este criterio en las SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 736/2007, de 24 de septiembre, ponente Rasillo López, EDJ 2007/218794, SAP de Granada, Sec. 1ª, nº 510/2007, de 24 de julio, ponente Ginel Pretel, EDJ 2007/215186, cambiando el criterio anterior y acogiendo el de la STS ya citada, la SAP de Tarragona, Sec. 4ª, nº 285/2007, ponente Sánchez Siscart, EDJ 2007/165075, SAP de Barcelona, Sec. 20ª, nº 152/2007, de 30 de enero, ponente Orti Ponte, EDJ 2007/29822 y nº 221/2007, de 28 de febrero, ponente Pérez Maíquez, EDJ 2007/36606 y SAP de Asturias, Sec. 2ª, nº 276/2006, de 11 de diciembre, ponente Barrio Bernardo-Rúa, EDJ 2006/368517.

⁵⁶⁹ MORENO VERDEJO, J., “Análisis del delito de...”, ob. cit., pág. 40.

de hecho del cónyuge o conviviente y en cuarto lugar, el precepto castiga la conducta cuando se realiza sobre una persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, pudiendo referirse a ancianos, familiares distintos de los recogidos en apartados anteriores, amigos, trabajadores de la casa que vivan en ella...etc.

En mi opinión, con esta inclusión el legislador parece ampliar el círculo de la protección penal más allá de las relaciones familiares por lo que parece alejarse del bien jurídico “paz familiar” y parece adentrarse más bien en la idea de “paz en el entorno de la convivencia”. Así también lo entiende ACALE SÁNCHEZ⁵⁷⁰ para quien la inclusión de estas nuevas relaciones parece desbordar el ámbito familiar desdibujando también el bien jurídico protegido que tras una serie de sentencias contradictorias había quedado fijado por el TS en la paz familiar.

Además el tenor del texto podría ser contrario con el principio de legalidad al no quedar suficientemente acreditado qué personas quedan dentro del ámbito de protección de la norma.

Por último el art. 173.2 incluye a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Al respecto, me remito a lo ya analizado en el art. 153 del CP pero resaltando que en el art. 173.2 se especifica que las mismas deben estar sometidas a guarda o custodia en un centro específico para ellos ya sea de carácter público o privado, circunstancia no exigida en el art. 153 del CP.

Respecto la **conducta típica** se castiga al que habitualmente ejerciere violencia física o psíquica siempre que concurra la especial relación ya estudiada entre el sujeto activo y el pasivo.

Según FARRÉ DÍAZ⁵⁷¹ consiste en “*ejercer de modo habitual violencia física o psíquica*” y añade que por **violencia física** hay que entender “*el acometimiento o ataque contra la vida, la integridad física o la salud de otro o como cualquier acción que provoque o pueda provocar daño físico, enfermedad o riesgo de padecerla. Violencia*

⁵⁷⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del Código Penal en materia...”, ob. cit., pág. 46.

⁵⁷¹ FARRÉ DÍAZ, E., “Comentario al art. 173...”, ob. cit., pág. 237.

psíquica se considera todo menoscabo de la salud mental producido por la acción de otro, pudiendo definirse como aquellos actos, conductas o exposición a situaciones que agredan o puedan agredir, alteren o puedan alterar el contexto afectivo necesario para el desarrollo psicológico normal”, admitiendo la inclusión de conductas despóticas o de abuso de superioridad que provocan situaciones vejatorias.

Según MUÑOZ SÁNCHEZ ⁵⁷² la violencia física engloba cualquier acometimiento material sobre el cuerpo del agredido, desde los más leves, constitutivos de falta de malos tratos o de lesiones, como puñetazos, empujones, bofetadas, dar patadas, hasta los más graves, que aisladamente considerados constituyen delitos de lesiones. Además, admite la posibilidad de violencia física sin que concurra un resultado de lesión a la integridad física. El acometimiento puede consistir en impedirle abandonar el domicilio familiar o en agresiones sexuales.

NÚÑEZ CASTAÑO⁵⁷³, siguiendo a MUÑOZ SÁNCHEZ, considera que la violencia física consiste en cualquier manifestación agresiva o de maltrato, incluyendo los golpes, zarandeos, empujones bruscos, bofetadas, patadas...etc., cualquiera que sea su gravedad e incluso ser disimulado porque la misma no tiene por qué dejar señales físicas.

Para BOLEA BARDÓN⁵⁷⁴ la violencia física puede manifestarse de forma muy diversa: desde faltas de lesiones o maltrato de obra hasta tentativas de asesinato o asesinato consumado.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS⁵⁷⁵ defiende que a pesar de que existe unanimidad entre la doctrina y la jurisprudencia sobre que el término violencia física abarca todo acto de acometimiento físico, es decir, atentados tanto a la integridad física como a la salud, el problema surge respecto al término violencia psíquica pues no todos coinciden a la hora de precisar qué conductas la integran.

⁵⁷² MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica...”, ob. cit., pág. 88.

⁵⁷³ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2...”, ob. cit., págs. 179 y ss.

⁵⁷⁴ BOLEA BARDÓN, C., “Comentario a los arts. 173 a 177 del CP”, en CORDOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S., (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 410.

⁵⁷⁵ MARÍN DE ESPINOSA, E. B., “El delito de maltrato en el ámbito familiar...”, ob. cit., págs. 71 y ss.

BENÍTEZ JIMÉNEZ⁵⁷⁶ propone un cambio en la terminología empleada. Para esta autora el delito de maltrato habitual puede producirse a través de agresiones físicas o psíquicas pero como, de acuerdo con la teoría más generalizada, es posible que existan malos tratos psíquicos independientes de cualquier lesión física, en el caso de los malos tratos físicos éstos llevan siempre inherente un maltrato psíquico⁵⁷⁷ por lo que, en consecuencia, sería más adecuado hablar de malos tratos psicofísicos y psíquicos.

En mi opinión, la violencia física puede adoptar una forma muy amplia teniendo cabida cualquier modalidad delictiva que se ha analizado con anterioridad en la protección frente a las lesiones o incluso en cualquier modalidad atentatoria del derecho a la vida. Aunque el tipo no especifique la gravedad de la violencia empleada, comparto con MORENO VERDEJO⁵⁷⁸ que la misma debe tener una mínima relevancia penal aunque sea constitutiva de falta, y quedando fuera de la violencia física aquellas conductas que aunque sean reprochables a nivel familiar o incluso suponen un incumplimiento de los deberes civiles del art. 67 del Cc, previsto para los cónyuges, no lo son a nivel penal, por ejemplo, las muestras de desaprobación ante una comida recién hecha, el omitir colocar un cubierto en la mesa para el cónyuge o pareja o servirle la comida fría y a los demás comensales caliente, organizar las vacaciones sin contar con el otro miembro de la pareja, el olvido de aniversarios, cumpleaños, fechas importantes para la pareja y demás muestras de desatención afectiva⁵⁷⁹ ...etc., pero ¿podrían las anteriores conductas ser constitutivas de violencia psíquica?

Respecto a la **violencia psíquica**, el Defensor del Pueblo, en su informe de 1998⁵⁸⁰ sobre la violencia doméstica contra las mujeres, señalaba que es “cualquier

⁵⁷⁶ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Estudio de una regulación anunciada: El delito de maltrato habitual”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penitenciarias, Volumen VII*, 1999, págs. 418 y ss.

⁵⁷⁷ Así también lo considera GÓMEZ RIVERO, C., “Algunos aspectos del delito...”, ob. cit., pág. 73.

⁵⁷⁸ MORENO VERDEJO, J., “Análisis del delito de maltrato...”, ob. cit., pág. 34.

⁵⁷⁹ CANO VARELO, J., “Aspectos psiquiátricos de la violencia sobre la mujer”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, año 2010, pág. 4. Según la misma “la frustración e insatisfacción por la desatención afectiva es un factor que predispone a la violencia. Se espera que “el otro” cubra importantísimas expectativas...imposibles de satisfacer en muchos casos y por lo tanto surge la frustración, íntima e intensa frustración, de la cual, “lógicamente” tiene siempre la culpa la otra o el otro...”.

⁵⁸⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Violencia doméstica contra las mujeres. Informes, Estudios y Documentos*, 1998, pág. 105

acto o conducta intencionada que produce desvaloraciones, sufrimientos o agresión psicológica a la mujer a través de insultos, vejaciones, crueldad mental, gritos, desprecio, intolerancia, humillación en público, castigo, dar muestras de desafecto, amenaza de abandono, subestimar... ”.

CARMONA RUANO⁵⁸¹ critica la definición dada por el Defensor del Pueblo en el informe señalado entendiendo que dicha concepción, sin duda, responde a la realidad sociológica pero que ha de tomarse con prudencia desde el punto de vista del principio de legalidad, que incluye la garantía básica de la *lex stricta* y de la *lex certa*. Además de adoptar un concepto de violencia psíquica más estricto partiendo del principio de legalidad, defiende que para que se pueda hablar de violencia psíquica es necesario que dichos actos de violencia por sí mismos tengan entidad penal y sean, por consiguiente, delictivos.

Para DEL MORAL GARCÍA⁵⁸² estamos ante una expresión poco nítida y en su interpretación debe buscarse un equilibrio entre una amplitud desmesurada, que provoque la apertura de diligencias previas por maltrato habitual en toda vida familiar con cierta reiteración de discusiones o disputas y una interpretación tan restrictiva que exigiese la producción de resultados lesivos y dejase reducida a la nada la ampliación del tipo llevada a cabo en el año 1999. Así se consideraría violencia psíquica los actos de intimidación y los idóneos para causar lesiones de carácter psíquico, aunque de hecho no lleguen a producir esa alteración de la salud psíquica. Por lo demás, señala el mismo autor, habría que estar al caso concreto aunque la hostilidad verbal crónica en forma de insultos, las burlas reiteradas, la actitud despótica traducida en prepotencia y actos de anulación de la personalidad del otro, amenazas explícitas o larvadas, el cinismo patológico, el desprecio exteriorizado en actitudes o palabras degradantes, las palabras zahirientes...suponen actos de violencia emocional que podrían encontrarse en el concepto de violencia psíquica, aunque apuesta por una llamada a la prudencia para evitar que su uso excesivo acabe por terminar con inaplicación, teniendo en cuenta además que el principio de intervención mínima impide resolver, por la vía de diligencias previas, rencillas o discusiones familiares. En todo caso, para este autor, la violencia psíquica debe implicar siempre una relación de superioridad.

⁵⁸¹ CARMONA RUANO, M., “El delito de maltrato...”, ob. cit., págs. 130-131.

⁵⁸² DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos penales de la violencia...”, ob. cit., págs. 478 y ss.

Para GÓMEZ RIVERO⁵⁸³ la dificultad se centra en determinar la intensidad mínima necesaria para que los actos integren el tipo delictivo y se puedan diferenciar de comportamientos que si bien pueden ser incómodos dentro del entorno familiar, no revisten entidad suficiente para ser merecedores de reproche penal, como por ejemplo, realizar comentarios que suponen un desprecio o ridiculización de la otra persona, levantar la voz en público, comportamientos que son vividos por la víctima como auténticos actos de violencia psíquica y; sin embargo, se prestan a valorarse como simple expresión del deterioro de una relación de pareja, algo a lo que el derecho penal no tiene nada que decir.

PERELA LARROSA⁵⁸⁴ entiende que el precepto penal castiga la violencia psicológica sin exigir la producción de un resultado, pero al utilizar el término psíquico parece desprenderse que pretende castigar sólo las conductas que revistan cierta entidad, es decir, aquellas que puedan provocar un menoscabo o alteración psíquica en la víctima aunque el mismo no llegue a materializarse.

Para MOLINA BLÁZQUEZ, MIRAT HERNÁNDEZ y ARMENDÁRIZ LEÓN⁵⁸⁵ la violencia psíquica incluye tanto las conductas que producen desvaloración o sufrimiento, como aquellos comportamientos que imponen actos o conductas sexuales contra la voluntad de la víctima y, al igual que sucede con el maltrato físico, entienden que no se exige un concreto resultado lesivo, sino tan solo que el autor realice de forma habitual una conducta que produzca una agresión psíquica contra la víctima, aunque en atención al carácter de *ultima ratio* del derecho penal solo serán típicas las conductas más graves.

Para COLINA OQUENDO⁵⁸⁶ la violencia psíquica puede integrar un delito autónomo y no ser necesariamente consecuencia de una lesión corporal o maltrato físico. Para este autor, el prototipo de actuar sería un comportamiento despreciativo metódico, sibilinamente inoculado y manejado, mantenido en el tiempo, ocasionando lo

⁵⁸³ GÓMEZ RIVERO, C., “Algunos aspectos del delito...”, ob. cit., pág. 74.

⁵⁸⁴ PERELA LARROSA, M., “Violencia de género: Violencia psicológica”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, número 11-12, 2010, págs. 364 y ss.

⁵⁸⁵ MOLINA BLÁZQUEZ, C; MIRAT HERNÁNDEZ, P y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “El tratamiento penal de la...”, ob. cit., pág. 134.

⁵⁸⁶ COLINA OQUENDO, P., “El art. 173 del CP...”, ob. cit., pág. 767.

que se conoce como efecto “luz de gas”. Y señala que si para la violencia física parece exigirse un acometimiento sobre el cuerpo de la víctima, sin que sea necesario un resultado lesivo para su integridad física, para la psíquica suele reclamarse una restricción que no la aleje del concepto de violencia y se traduzca en efectos sobre la psique del sujeto pasivo.

Para FARRÉ DÍAZ⁵⁸⁷ los actos de violencia psíquica de escasa entidad, que en su consideración aislada tendrían encaje en la falta de vejación injusta del art. 620 del CP, si se producen de forma reiterada deberán castigarse conforme al art. 173.2 del CP pero, en su opinión, la aplicación de este precepto exige que se haya producido como resultado un menoscabo en la integridad moral que pueda ser calificado como grave.

En atención a la imprecisión terminológica, el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS, en su reunión de 21 de julio de 2009, acordó que el tipo delictivo del art. 173.2 del CP exigía que el comportamiento atribuido al sujeto fuera activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo. Sin perjuicio de ello entiende perfectamente punible, conforme dicho precepto, la conducta de quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante.

En mi opinión al utilizar el precepto un término tan amplio e inespecífico será necesario acudir a cada caso concreto y valorar la totalidad de las circunstancias concurrentes en los sujetos intervinientes para decidir si la conducta del sujeto activo puede quedar o no integrada dentro de la violencia psíquica a que se refiere el tipo penal, puesto que como señalaba DEL MORAL GARCÍA debe buscarse un equilibrio a tanta amplitud desmesurada, lo que entraña una enorme dificultad y como bien apuntaba GOMEZ RIVERO habrá que determinar la intensidad o la gravedad necesaria para que la conducta pueda castigarse.

Si acudimos al tenor literal del precepto el mismo castiga “a quien habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea...” , podemos observar que en ningún momento se exige, para el castigo de la conducta, que a consecuencia de la violencia ejercida se produzca una lesión sino más bien parece que se deja abierta la posibilidad a que no ocurra así si lo relacionamos con el art. 177 CP que señala: “*Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se*

⁵⁸⁷ FARRÉ DÍAZ, E., “Comentario al art. 173 del CP...”, ob. cit., pág. 261.

producire lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél se halle especialmente castigado por la ley”. Por lo que, de no producirse lesión o daño alguno parece que tan sólo debería castigarse conforme al art. 173.2 del CP por el atentado contra la integridad moral. Pero es aquí, en el atentado contra la integridad moral, donde entiendo que una violencia psíquica ejercida de forma habitual acaba dejando huella en la persona que la sufre⁵⁸⁸ y si además tenemos en consideración que el art. 173.3, al hablar de la habitualidad, se refiere al número de actos de violencia “que resulten acreditados” comparto con COLINA OQUENDO la idea de que para que pueda castigarse la misma es necesario que pueda apreciarse un vestigio de la violencia psíquica sufrida a través de un informe de valoración forense por el especialista adecuado para ello⁵⁸⁹ y así despreciar, conforme el principio de intervención mínima, aquellas conductas que no repercuten negativamente en la víctima. Así la STS nº 21/2011, de 26 de enero⁵⁹⁰, siguiendo la STS nº 477/2009, de 10 de noviembre⁵⁹¹, señala en su fundamento de derecho 5º la necesidad de un comportamiento activo del sujeto activo y si para la violencia física se exige un acometimiento sobre el cuerpo de la víctima, para la violencia psíquica suele reclamarse una restricción que no la aleje del concepto de violencia y se traduzca en efectos sobre la psique del sujeto pasivo.

En idéntica línea encontramos la STS nº 855/2008, de 12 de diciembre⁵⁹² en la que se condenó al exmarido de la agredida como autor de los delitos de abuso sexual continuado y de violencia psíquica habitual, pero no por la lesión psíquica sufrida, no sólo en base a la declaración de la propia víctima sino en atención al informe pericial

⁵⁸⁸ Así también lo aprecia CARMONA RUANO, M., “El delito de maltrato...”, ob. cit., pág. 131, cuando señala que: “...*pues raro será el caso de un hecho de este tipo que no deje secuelas psíquicas en la víctima...*”.

⁵⁸⁹ Véase al efecto GÓMEZ HERMOSO, M. R.; MUÑOZ VICENTE, J. M.; VÁZQUEZ MEZQUITA, B.; GÓMEZ MARTÍN, R. y MATEOS DE LA CALLE, N., *Guía de buenas prácticas para la evaluación psicológica forense del riesgo de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja (VCMP)*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Madrid, 2012, págs. 16 a 33; quienes tienen en cuenta los factores de riesgo y las circunstancias concurrentes tanto en el sujeto activo como del sujeto pasivo para efectuar una evaluación global del riesgo.

⁵⁹⁰ Ponente Varela Castro, EDJ 2011/5192.

⁵⁹¹ Ponente Sánchez Melgar, EDJ 2009/265718.

⁵⁹² Ponente Andrés Ibáñez, EDJ 2008/262364.

del psiquiatra que la estuvo atendiendo. Lo mismo sucede en la STS nº 1075/2013, de 28 de diciembre de 2012⁵⁹³ que condena al acusado, entre otros, por un delito de violencia psíquica habitual que ocasionó a la afectada una sintomatología afectiva con componentes depresivos de ansiedad y trastorno adaptativo por estrés postraumático, pero sin entender que esta sintomatología tenga la entidad suficiente para poder castigarse como lesión psíquica independiente del delito contra la integridad moral.

No obstante lo anterior, como señala CARMONA RUANO⁵⁹⁴, la compatibilidad de la condena por lesiones psíquicas o físicas, (u otro acto delictivo cometido contra la víctima) y por malos tratos habituales se puede observar entre otras muchas en las STS nº 645/1999, de 29 de abril⁵⁹⁵, STS nº 834/2000, de 19 de mayo⁵⁹⁶, STS nº 927/2000, de 24 de junio⁵⁹⁷, STS nº 1161/2000, de 26 de junio⁵⁹⁸, STS nº 20/2001, de 22 de enero de 2002⁵⁹⁹, STS nº 164/2001, de 5 de marzo⁶⁰⁰; STS nº 261/2005, de 28 de febrero⁶⁰¹ o en la STS nº 1152/2005, de 5 de octubre⁶⁰², pues como indica ésta última, “...la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados, y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad...por lo que en modo alguno puede considerarse que el delito de violencia doméstica absorba las lesiones psíquicas sufridas por la misma”. También encontramos la misma posición en otras más recientes como la STS nº 549/2009, de 15 de mayo⁶⁰³, STS nº 687/2010, de 13 de julio⁶⁰⁴, STS nº

⁵⁹³ Resolviendo el recurso nº 455/2012, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2012/317083.

⁵⁹⁴ CARMONA RUANO, M., “El delito de maltrato...”, ob. cit., pág. 131.

⁵⁹⁵ Ponente Delgado García, EDJ 1999/8153.

⁵⁹⁶ Ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2000/11175.

⁵⁹⁷ STS nº 927/2000, de 24 de junio, ponente Giménez García, EDJ 2000/15864.

⁵⁹⁸ STS nº 1161/2000, de 26 de junio, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2000/15367.

⁵⁹⁹ STS nº 20/2002, de 10 de enero, ponente Conde Pumpido-Tourón, EDJ 2002/446.

⁶⁰⁰ STS nº 164/2001, de 5 de marzo, ponente Jiménez Villarejo, EDJ 2001/2753.

⁶⁰¹ STS nº 261/2005, de 28 de febrero, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2005/46983.

⁶⁰² STS nº 1152/2005, de 5 de octubre, ponente Granados Pérez, EDJ 2005/171706.

⁶⁰³ STS nº 549/2009, de 15 de mayo, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2009/134693.

⁶⁰⁴ STS nº 687/2010, de 13 de julio, ponente Giménez García, EDJ 2010/145123.

941/2010, de 15 de octubre⁶⁰⁵, STS nº 1154/2011, de 10 de noviembre⁶⁰⁶, STS nº 782/2012, de 2 de octubre⁶⁰⁷, STS nº 701/2013, de 30 de septiembre⁶⁰⁸ o la STS nº 407/2014, de 13 de mayo⁶⁰⁹, entre otras muchas.

Respecto a la habitualidad que se exige en el precepto, su concepto ha evolucionado desde una interpretación numérica o aritmética, amparada en una aplicación analógica del concepto de habitualidad del art. 94 del CP, en el que se apreciaba la misma a partir de la tercera infracción, hasta llegar a su redacción actual en la que se da más importancia al clima de tensión y agresión permanente creado por el sujeto activo.

Sin duda alguna el origen de este cambio se debe a la falta de precisión del término en su redacción originaria, pues hubo que esperar hasta la modificación operada en el Código Penal por la LO 14/1999, de 4 de junio, para que el legislador ofreciera los criterios para apreciar su existencia; por lo que hasta ese instante esa tarea laboriosa recayó en la jurisprudencia y en la doctrina.

Hasta entonces, como ya he señalado, era necesario que concurrieran tres actos violentos para que la conducta pudiera ser calificada de habitual y así se indicaba también en la Circular de la FGE de 21 de octubre de 1998, que pese a que el TS ya se pronunció en sentido distinto a través de la STS nº 1060/1996, de 20 de diciembre⁶¹⁰, a la que me referiré más adelante, amparándose en la doctrina jurisprudencial dictada fundamentalmente a propósito de la habitualidad en la receptación, representada por la STS nº 262/1997, de 28 de febrero⁶¹¹, la STS de 20 de mayo de 1997 resolviendo el recurso nº 705/1996⁶¹² o la STS nº 917/1997, de 14 de junio⁶¹³, entre otras muchas⁶¹⁴,

⁶⁰⁵ STS nº 941/2010, de 15 de octubre, ponente Jorge Barreiro, EDJ 2010/241738.

⁶⁰⁶ STS nº 1154/2011, de 10 de noviembre, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2011/283564.

⁶⁰⁷ STS nº 782/2012, de 2 de octubre, ponente Granados Pérez, EDJ 2012/228179.

⁶⁰⁸ STS nº 701/2013, de 30 de septiembre, ponente Marchena Gómez, EDJ 2013/197223.

⁶⁰⁹ STS nº 407/2014, de 13 de mayo, ponente Maza Martín, EDJ 2014/1140116.

⁶¹⁰ Ponente Soto Nieto, EDJ 1996/8999.

⁶¹¹ Ponente García Ancos, EDJ 1997/1210.

⁶¹² Ponente Martín Pallín, EDJ 1997/4153.

⁶¹³ Ponente Manzanares Samaniego, EDJ 1997/5551.

en las que se ponía de manifiesto que para constatar la habitualidad no era suficiente con acreditar el número de actos violentos, sino que los mismos tuvieran cierta proximidad temporal.

También la jurisprudencia menor aplicaba este criterio de la necesidad, como mínimo, de tres episodios de violencia. Así podemos observar esta posición, por ejemplo, en la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. 3ª, en su sentencia nº 39/1998, de 7 de septiembre⁶¹⁵, la Audiencia Provincial de Tarragona, Sec. 2ª, en sentencia nº 283/1998, de 26 de mayo, resolviendo recurso nº 165/1998⁶¹⁶ y la Audiencia Provincial de Girona, Sec. 3ª, en su sentencia nº 204/1998, de 5 de junio⁶¹⁷ que a pesar de citar la STS nº 1060/1996, que analizaremos a continuación y que no contempla la necesidad de un número mínimo de actos violentos, se basa en la misma destacando la proximidad temporal de los actos violentos realizados manteniendo el criterio numérico anterior.

Desde un punto de vista jurisprudencial, el punto de inflexión y la superación del criterio meramente aritmético tuvo lugar con la STS nº 1060/1996, de 20 de diciembre, a la que ya me he referido, en la que se ofreció un concepto de habitualidad distinto consistente en “la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica...siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas”.

De forma bastante clara lo expresa la STS nº 1208/2000, de 7 de julio⁶¹⁸ al señalar que “la habitualidad es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la

⁶¹⁴ Como, por ejemplo, la STS nº 716/2009, de 2 de julio, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2009/150955; STS nº 1151/2009, de 17 de noviembre, ponente Varela Castro, EDJ 2009/307314, en la que se recoge en su Fundamento de Derecho nº 3 que: “*que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más. Con independencia de tal debate, en el caso que juzgamos constan hechos violentos en reiteradas ocasiones, que superan el número de tres...*”; STS nº 607/2008, de 3 de octubre, ponente Puerta Luis, EDJ 2008/190103; la SAP Alicante, Sec. 1ª, nº 46/2000, de 3 de febrero, ponente Gil Martínez, EDJ 2000/5680...etc.

⁶¹⁵ Ponente Angulo Martín, EDJ 1998/22892.

⁶¹⁶ Ponente Carril Pan, Roj: SAP T 160/1998

⁶¹⁷ Ponente García Morales, EDJ 1998/13075.

⁶¹⁸ Ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2000/23053.

analógica aplicación del concepto de habitualidad que el artículo 94 del Código Penal establece a los efectos de suspensión y sustitución de las penas. Otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente...”.

En idéntico sentido destacamos la STS nº 677/2007, de 20 de julio⁶¹⁹, en la que se pone el acento en la situación de dominación permanente sobre la víctima al señalar que: “Es evidente que si la víctima presenta un estado de anulación y sometimiento, ello no es producto sólo de dos hechos puntuales, sino de una situación recurrente de la que los insultos y actitudes violentas constatadas en los hechos probados son sólo manifestaciones aisladas de una situación general”⁶²⁰.

Tras la modificación legal ya apuntada, se produjo la superación del criterio meramente cuantitativo⁶²¹ y permitió que el concepto de habitualidad se articule a través de cuatro elementos⁶²²: Pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto activo y pasivo (siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar) e independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior. Así también se observa en las STS nº 927/2000, de 24 de junio⁶²³, STS nº 355/2003, de 11

⁶¹⁹ STS nº 677/2007, de 20 de julio, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 2007/104554.

⁶²⁰ También las Audiencias Provinciales se hicieron eco de dicha postura; por ejemplo, la AP de Córdoba en sentencias de 12 de febrero de 1999 (Ar. 254) y de 21 de abril de 1999 (Ar. 999). Se recoge en ambas resoluciones que “*parece más acertado optar por un criterio naturalístico, entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo, estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia en el trato violento*”, no “*se trata por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia, sino lo importante es que el Juez llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente*”.

⁶²¹ También en sentencias más recientes como; por ejemplo, la STS nº 181/2006, de 22 de febrero, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2006/29225 o en la STS nº 981/2013, de 23 de diciembre, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2013/261174.

⁶²² La STS nº 1309/2005, de 11 de noviembre, ponente Giménez García, EDJ 2005/207191, habla de que la habitualidad es un elemento normativo que puede acreditarse judicialmente a través de testimonios de denuncias interpuestas por la víctima; de forma médica, con partes o informes médicos en los que pueda fundarse razonablemente la existencia del maltrato habitual y; por último, a través de una acreditación por testigos; ya sea la víctima, o ya amigos o vecinos que puedan ofrecer al Juez datos suficientes en relación a la existencia del maltrato.

⁶²³ STS nº 927/2000, de 24 de junio, ponente Giménez García, EDJ 2000/15864.

de marzo⁶²⁴, STS nº 414/2003, de 24 de marzo⁶²⁵, STS nº 409/2006, de 13 de abril⁶²⁶ y STS nº 419/2005, de 4 de abril⁶²⁷.

Desde un punto de vista doctrinal también se observa, del mismo modo, por MORILLAS FERNÁNDEZ⁶²⁸. Para SANZ MULAS⁶²⁹ para quien el concepto de habitualidad viene vertebrado de cuatro elementos: la pluralidad de actos cometidos, la proximidad temporal de los mismos, la irrelevancia del sujeto pasivo siempre que sea un integrante de la unidad familiar y la independencia del enjuiciamiento o no de los mismos en procesos anteriores, o por COLINA OQUENDO⁶³⁰ para quien estos cuatro elementos son los que deben ser analizados por el Juez o Tribunal para determinar si nos encontramos ante una conducta habitual.

Para GARCÍA ÁLVAREZ⁶³¹ el concepto de habitualidad debe entenderse en sentido fáctico, no formal, a diferencia de lo que ocurre con la reincidencia, por lo que lo verdaderamente importante es que quede demostrado que el sujeto activo cometió un número de actos de violencia suficientes como para poder hablarse de habitualidad en la conducta.

En idéntico sentido NÚÑEZ CASTAÑO⁶³² para quien lo que verdaderamente aporta el art. 173.3 es un concepto fáctico donde lo relevante radica en que la afección al bien jurídico protegido se produce por la reiteración de actos de violencia dentro de un determinado entorno.

⁶²⁴ Ponente Sánchez Melgar, EDJ 2003/6623.

⁶²⁵ Ponente Aparicio Calvo-Rubio, EDJ 2003/30147.

⁶²⁶ Ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2006/42999.

⁶²⁷ Ponente Monterde Ferrer, EDJ 2005/71540.

⁶²⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., “El delito de violencia doméstica” en *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003, págs. 40 a 45.

⁶²⁹ SANZ MULAS, N., “Tutela penal”, en *Comentarios Breves a la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Iustel, Madrid, 2005, pág. 147.

⁶³⁰ Así lo aprecia COLINA OQUENDO, P., “El art. 173 del CP...”, ob. cit., pág. 767;

⁶³¹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., “Precedentes de la denominada...”, ob. cit., 36.

⁶³² NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2...”, ob. cit., pág. 183.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS⁶³³ no comparte la regulación actual del término “habitualidad” aportado por el legislador en el precepto penal estudiado, al considerar que el mismo ha optado por una fórmula que quebranta el principio del *ne bis in idem* al integrarse por hechos que ya han sido objeto de condena anterior, que es completamente diferente al empleado en otros preceptos del CP y distinto también al utilizado en otros países de nuestro entorno, en los que la habitualidad se concibe como un elemento naturalístico, para delincuentes por tendencia y especializados en la comisión de un hecho delictivo determinado.

Para MORENO VERDEJO⁶³⁴ la cuestión de la habitualidad excede de la mera concepción aritmética y se centra, más bien, en el clima de “violencia reiterada” o “terror” creado por el sujeto pasivo y aunque ese dato pueda ser constatado por la concreción de tres actos individualizados de violencia, no siempre puede extraerse tal consecuencia, pues es posible apreciar la habitualidad pese a que la individualización y el relato pormenorizado y concreto se produzca en un número inferior a tres, incluso uno solo, en atención al clima de violencia reiterada creado por el mismo sujeto. Este autor la define como la “creación por el sujeto activo de un clima de temor en las relaciones familiares mediante el empleo reiterado de actos de violencia física o psíquica sobre los componentes del grupo familiar”⁶³⁵ y su concepción de la violencia habitual exige los siguientes elementos: la comisión de actos de violencia física o psíquica, que recaigan sobre un determinado círculo cerrado de personas y en razón de los lazos de convivencia familiar, que se produzcan de una manera reiterada y que entre tales actos exista una analogía o relación de continuidad.

Para MUÑOZ SÁNCHEZ⁶³⁶ la imprecisión del concepto de habitualidad, en torno al que se vertebra el tipo penal, ha dado lugar a diferentes posiciones doctrinales entre las que destaca la de aquellos que conciben la habitualidad desde una concepción objetiva consistente en la reiteración por parte del sujeto activo de actos violentos que dan lugar a una situación de estado permanente de agresión, y la de quienes entienden

⁶³³ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “El delito de maltrato en el ámbito familiar...”, ob. cit., págs. 75 y ss.

⁶³⁴ MORENO VERDEJO, J., “Análisis del delito de...”, ob. cit., pág. 48.

⁶³⁵ MORENO VERDEJO, J., “Análisis del delito de...”, ob. cit., págs. 27 y ss.

⁶³⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica...”, ob. cit., págs. 90 a 99.

que lo relevante no es la repetición objetiva de actos violentos sino el “hábito, la inclinación o la tendencia” del sujeto activo, configurada como elemento subjetivo de lo injusto que determina una configuración del tipo como un delito habitual o de hábito, aunque en su opinión, con independencia de esto último, la constatación de una situación objetiva permanente de agresión basada en una relación de dominio o de poder constituye un trato degradante digno de castigo.

Para OLMEDO CARDENETE⁶³⁷ la habitualidad que se castiga en el art. 173.2 del CP implica un mayor desvalor y una mayor gravedad de la conducta realizada por el sujeto activo, que es precisamente lo que justifica la tipificación autónoma de dicha conducta y considera que el bien jurídico atacado es la integridad moral del sujeto pasivo y sin exigir para su castigo la existencia de otras condenas previas para acreditar dicha habitualidad, pues no considera dicha conducta típica como una multirreincidencia en los malos tratos. Por otra parte, viene a rechazar la consideración de violencia habitual tan sólo con la acreditación de tres actos violentos manifestando que dicha referencia es un mínimo del que hay que partir acudiendo también a otros elementos probatorios muy diversos para acreditar el estado de agresión permanente⁶³⁸.

MOLINA BLÁZQUEZ, MIRAT HERNÁNDEZ y ARMENDÁRIZ LEÓN consideran⁶³⁹ que la jurisprudencia más moderna exige, junto al criterio de la reiteración de actos, una cierta proximidad temporal en los mismos y una predisposición psíquica o inclinación en el sujeto activo a la realización de dichos actos, dejando a un lado el criterio aritmético, defienden que no es necesario que se llegue a tres actos de violencia, sino que es suficiente con que el juzgador aprecie en la víctima un estado permanente de agresión, con independencia de que dichos actos de violencia hayan sido o no denunciados con anterioridad por la víctima, aún estando prescritos o recayendo en víctimas diferentes.

⁶³⁷ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito...*, ob. cit., pág. 95 y 96.

⁶³⁸ OLMEDO CARDENETE, M.; *El delito de violencia habitual en el ámbito...*, ob. cit., pág. 94.

⁶³⁹ MOLINA BLÁZQUEZ, C; MIRAT HERNÁNDEZ, P y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “El tratamiento penal de la...”, ob. cit., pág.135.

IGLESIAS GARCÍA⁶⁴⁰ entiende necesarios para apreciar la habitualidad los siguientes elementos: la comisión por parte del sujeto activo de actos de violencia física o psíquica acreditados, que los actos de violencia física o psíquica recaigan sobre el círculo de personas tasado y cerrado por razón de los lazos de convivencia familiar que les une, que los mismos se produzcan de forma reiterada y con proximidad en el tiempo, sin que sea necesario que los actos de violencia física o psíquica recaigan sobre el mismo sujeto y que hayan o no sido objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

Para GARCÍA CELAÁ⁶⁴¹ el art. 173.3 CP ofrece cuatro aspectos trascendentes en la delimitación normativa de la habitualidad. El primero de ellos se refiere al número de actos de violencia acreditados. Respecto a este elemento, la citada autora señala que aunque tradicionalmente se venían exigiendo tres actos de violencia para apreciar la habitualidad, habrá que estar a las circunstancias de cada caso concreto pues lo relevante no es el número de actos en sí, sino que con los mismos se cree una situación permanente de terror, horror o degradación personal. El segundo aspecto lo concreta en la proximidad temporal de dichos actos, por lo que habrá que apreciar nuevamente las circunstancias concurrentes para averiguar si la violencia y el trato degradante son constantes entre los miembros de la familia o si, por el contrario, es algo puntual pues de lo que se trata es de discriminar de la calificación de maltrato los hechos muy puntuales o esporádicos. El tercer elemento se refiere a la pluralidad de víctimas. Según la misma es indiferente que los actos violentos se dirijan frente a personas distintas pues para calificar la conducta del art. 173.3 se tendrán en cuenta todos los actos de violencia que se hubieren realizado frente a todos los sujetos pasivos a que se refiere el tipo delictivo. Por último, la autora alude al enjuiciamiento previo de los actos de violencia. Respecto al mismo señala que es un elemento que genera no pocos problemas en relación al principio del non bis in idem. Para la misma este elemento es perfectamente compatible con el principio en cuestión puesto que no se están castigando nuevamente los hechos aislados, sino la situación de terror y padecimiento que sufre la víctima.

⁶⁴⁰ IGLESIAS GARCÍA, M. J., “Estudio de los diferentes tipos penales referentes a la violencia de género”, en MARCHAL ESCALONA, A.N., (Dir), *Manual de la lucha contra la violencia de género*, Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 197 y 198.

⁶⁴¹ GARCÍA CELAÁ, B., “Violencia de género. El delito de maltrato del actual...”, ob. cit., págs. 307 y ss.

En mi opinión para hablar de la habitualidad que se exige en el art. 173.3 del CP hay que acudir a los cuatro elementos precisados en el propio precepto y que permiten pensar que nos encontramos ante un concepto que va más allá de la percepción meramente cuantitativa que se seguía con anterioridad por los círculos jurisprudenciales y doctrinales ya analizados.

Así, para poder apreciar la habitualidad en el delito de maltrato es necesario que se produzcan una pluralidad de actos de violencia física o psíquica⁶⁴² (que tengan por sí mismos suficiente entidad), repetidos y próximos en el tiempo contra la misma o distinta persona pero dentro del mismo núcleo familiar que perturbe la paz familiar con independencia de que los distintos actos de violencia cometidos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior y que produzcan en la víctima (o en el entorno de convivencia familiar) un plus de afectación distinto de los actos de violencia recibidos.

Ello es así porque si siguiéramos un criterio cuantitativo puro podríamos llegar a apreciar violencia habitual en la conducta de un sujeto activo que realiza, en un único día, **múltiples actos de violencia** física o psíquica, pero entendidos como hechos puntuales y sin que con posterioridad los vuelva a repetir. En mi opinión, esa reiteración delictiva requiere de cierta estabilidad temporal, que haga presuponer que la misma se va a repetir si no se le pone freno, pues considero que la violencia habitual no es una mera suma de actos de violencia física o psíquica ejercida sobre una **persona o sobre personas diferentes** dentro del núcleo familiar, sino que supone un plus en la conducta del sujeto activo que lleva también aparejado un plus lesivo en el sujeto pasivo que a modo de secuela puede llegar a afectar a la totalidad del conjunto familiar del agresor.

Respecto de la **proximidad temporal de las agresiones** debe resaltarse la falta de concreción del legislador al respecto, pues no ha fijado un límite temporal a tener en cuenta. Vemos como algún autor, como por ejemplo, OLMEDO CARDENETE⁶⁴³ cifra en tres años la proximidad cronológica para apreciar la violencia habitual justificándolo en que en ocasiones la propia víctima resta importancia a las agresiones recibidas.

⁶⁴² Puesto que el precepto emplea el plural cuando habla de “número de actos de violencia”.

⁶⁴³ OLMEDO CARDENETE, M.; “*El delito de violencia habitual...*”, ob. cit., pág. 107.

En mi opinión acotar a priori el lapso de tiempo que permita apreciar que se da la nota de proximidad temporal para apreciar la habitualidad, no me parece acertado, sino que entiendo más adecuado estar a las circunstancias concretas de cada caso.

El hecho de que el art. 173.3 del CP especifique que los actos violentos **hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores** podría hacer pensar que en los casos en los que hayan existido actos violentos ya enjuiciados en procesos anteriores se podría estar inculcando el principio de *non bis in idem*, puesto que tras el pronunciamiento mediante sentencia de los mismos podrían volver a ser objeto de un proceso posterior por malos tratos habituales, sin embargo, desde mi punto de vista no es posible llegar a tal conclusión por los siguientes motivos: En primer lugar porque entiendo que los malos tratos habituales no equivalen a la mera suma de los actos violentos en que se manifiestan, como se recoge en la Circular nº 1/1998 de la FGE⁶⁴⁴, teniendo en cuenta además que al tratarse de un delito especial propio, fuera del círculo de sujetos pasivos a que se refiere el art. 173.2 CP, dicha conducta sólo podrá castigarse mediante la suma de las penas correspondientes a los actos violentos cometidos. Así se aprecia también en la STS nº 687/2002, de 16 de abril⁶⁴⁵ que recoge que “*la conducta típica es compatible también con la existencia de condenas anteriores por hechos violentos, pues se trata de reconocer típicamente dicho comportamiento desde la perspectiva de la habitualidad, y no cabe alegar infracción del principio non bis in idem tan estrechamente vinculado con la cosa juzgada puesto que son hechos distintos*”. Además, si la habitualidad equivaliera a la mera suma de los actos violentos cometidos por el sujeto activo no exigiría de más prueba, algo totalmente falso, pues la habitualidad como cualquier otro elemento de la conducta típica, debe ser probada⁶⁴⁶.

En segundo lugar, defiendo que con este delito no sólo se está atacando los bienes jurídicos inmediatamente afectados, como la salud, la integridad física...etc., sino que el bien jurídico protegido es mucho más amplio como ya analicé.

Y en tercer lugar porque el propio precepto recoge la expresión “*con independencia de que... los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en*

⁶⁴⁴ Pág. 6.

⁶⁴⁵ Ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2002/12191.

⁶⁴⁶ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar...”, ob. cit., pág. 189.

procesos anteriores”; por lo que, aunque dichos actos violentos hubieran sido enjuiciados (y se hubiere dictado sentencia absolutoria o condenatoria) se tendrá en cuenta a los efectos de la habitualidad de la conducta delictiva.

En todo caso hay que poner de manifiesto que la habitualidad del art. 173.2 del CP no es una reincidencia, pues no supone una recaída en el delito⁶⁴⁷, ni tampoco entiendo que con la habitualidad se esté castigando una determinada tendencia, hábito o predisposición a su realización, como sostienen algunos autores como MONGE FERNÁNDEZ⁶⁴⁸, configurada como un elemento subjetivo del injusto, sino que parto de una concepción objetiva de la misma consistente en que la repetición de actos violentos por parte del sujeto activo ocasionan una situación de horror o temor permanente o un clima de violencia⁶⁴⁹.

Respecto los **supuestos agravatorios** el art. 173.2 del CP, este precepto recoge las mismas cláusulas que se prevén en los arts. 153.3 y 4; 171.5 apartado 2º y 171.6 y 172.2, párrafos 3º y 4º, a cuyo estudio ya efectuado me remito.

2.3.6 Aplicación de la falta prevista en el art. 617 del Código Penal

El art. 617 del CP recoge la falta de lesiones o de maltrato cuando se comete sobre personas en quienes no concurre una relación sentimental, pues de otro modo se castigaría dicha conducta conforme los artículos 153 o 148.4 del CP, dependiendo de la gravedad de la misma. En dicho precepto se castiga a:

“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de localización permanente de seis a doce días o multa de uno a dos meses.

2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de diez a treinta días”.

⁶⁴⁷ MONGE FERNÁNDEZ, A., “La violencia de género como delito habitual (impropio), en BOLDOVA PASAMAR, M. A., y RUEDA MARTÍN, M. A., *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 107.

⁶⁴⁸ MONGE FERNÁNDEZ, A., “La violencia de género como delito...”, ob. cit., págs. 115 y ss.

⁶⁴⁹ NUÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2...”, ob. cit., pág. 185; OLMEDO CARDENETE, M., “El delito de violencia habitual en el ámbito...”, ob. cit., págs. 93 y ss; SANZ MORÁN, A. J., “Las últimas reformas del Código Penal en los delitos de violencia doméstica y de género”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 55.

Este artículo aparece recogido en el Libro III, Título I, bajo la rúbrica “Falta contra las personas”. El mismo ha sido objeto de varias modificaciones y asumió, prácticamente en su integridad, la redacción del artículo 583 del CP de 1973 que, con la salvedad de determinadas novedades relativas a la penología y al grupo de posibles sujetos pasivos u ofendidos de las conductas tipificadas en el artículo 617 del CP, contemplaba como constitutivas de falta determinados comportamientos lesivos dirigidos contra el cónyuge o persona a quien el sujeto activo se hallare ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivieran. Posteriormente, resultó afectado por la LO 11/1999 de 30 abril, por la LO 14/1999, de 9 de junio, por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, por la LO 15/2003, de 25 de noviembre y la LO 10/2005, de 23 de noviembre. En la actualidad, la LO 1/2015, de 30 de marzo, que entrará en vigor el 1 de julio de este año, contempla la derogación del libro III del Código penal por lo que el futuro de este precepto es bastante limitado.

A la hora de estudiar su ámbito de aplicación LAURENZO COPELLO⁶⁵⁰ lo discrimina del ámbito del art. 153 en su forma agravada por razón de género, defendiendo que el mismo queda circunscrito a los episodios agresivos dentro de la pareja sentimental, actual o pasada, en los que el varón acude a la violencia como medio para relacionarse con la mujer o, lo que es equivalente, para imponer su voluntad, cualquier sea el fin perseguido y el ánimo que presida el acto, mientras que deja al margen del art. 153, y por tanto sólo podrían dar lugar a la falta genérica de maltrato de obra de art. 617.2 los supuestos de acometimiento mutuo derivados de una discusión más o menos intensa iniciada por ambas partes de forma libre y sin amenazas ni provocaciones previas.

Para aquellos que defienden que para poder castigar conforme al art. 153 del CP es necesario acreditar el elemento finalístico de la agresión, este precepto serviría como base para el castigo de aquellas agresiones o maltratos en los que no se ha podido probar ese ánimo especial por parte del sujeto activo, criterio que no comparto como ya manifesté en su momento.

⁶⁵⁰ LAURENZO COPELLO, P., “Modificaciones en...”, ob.cit., pág. 25.

Ya en las Conclusiones del Seminario de Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer celebrado en Sevilla los días 13 y 14 de noviembre de 2009⁶⁵¹ se recogió dicha conclusión respecto del elemento intencional y las agresiones mutuas indicándose que, en ningún caso, en los supuestos de agresiones mutuas podría calificarse como falta, y menos aún con carácter previo a la celebración del juicio oral, a los efectos de lograr una sentencia de conformidad acordando que se mantenga la calificación jurídica de los hechos conforme al art. 153. 1 y 2 del CP.

No obstante lo anterior, dicho precepto queda relegado a los casos de agresión a personas que quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 153 y tiene, por consiguiente, dicha aplicación mayoritaria incluyendo supuestos en los que el agresor no es el marido o la pareja sentimental de la mujer sino son, por ejemplo, los familiares de éste.

Al suprimirse el Libro III del CP, el contenido de este precepto queda integrado dentro del art. 147.2 y 3 según la redacción dada a los mismos por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por lo que como ya señalaba GALDEANO SANTAMARÍA⁶⁵² será el Juez o Tribunal el que fije y gradúe la pena en función de la concreta gravedad con el riesgo de su sobreseimiento por falta de denuncia previa cuando la misma no se materialice.

Para dicha autora⁶⁵³ la previsión de penas de hasta seis meses de prisión en el Anteproyecto (que ya no se contemplan en la citada ley orgánica que prevé para los mismos penas de multa de uno a tres meses, para el supuesto del art. 147.2, y de uno a dos meses, para el art. 147.3), implicaba la necesidad de adaptar el procedimiento de faltas a las mismas, pues la imposición de penas de prisión a través de un procedimiento en el que no es preceptiva la asistencia letrada podría conculcar el derecho de defensa del art. 24 de la CE teniendo en cuenta además, que sería el propio Juez instructor el que celebrara el juicio oral.

⁶⁵¹ Efectuadas por CAZORLA PRIETO, S., Fiscal de Sala Delegada de Violencia sobre la Mujer, en diciembre de 2009.

⁶⁵² GALDEANO SANTAMARÍA, A., “Delitos contra la integridad física...”, ob. cit., pág. 515.

⁶⁵³ GALDEANO SANTAMARÍA, A., “Falta de lesiones”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 78.

Para FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y OLLOQUIEGUI SUCUNZA⁶⁵⁴ desde un punto de vista punitivo la conversión de la falta en delito leve requiere que las penas previstas sean leves y no menos graves como se previa en el texto del Anteproyecto, siendo proporcional a la escasa entidad de las mismas. Con la LO 1/2015, de 30 de marzo, el art. 33.4 apartado g, califica la pena prevista para estos supuestos como leve.

En mi opinión ni el art. 617 del CP ni el libro III del CP, al que pertenece, debería suprimirse. No entiendo necesario su reubicación como delito leve ni creo que se hayan adoptado las necesarias modificaciones procesales para su reforma.

Efectivamente, en la actualidad esta falta se tramita a través del procedimiento previsto en el art. 962 y siguientes de la LECrim, que no requiere ni de abogado ni de procurador y en el que el mismo Juez que realiza la “instrucción” es el encargado del juicio oral y del dictado de la sentencia correspondiente. Si a lo anterior unimos la existencia de una gran discrecionalidad que se contempla en el Proyecto a la hora de determinar el tipo de lesión producida, se está dejando en manos del arbitrio judicial también la sanción a imponer, y todo ello sin necesidad de abogado.

Con el texto de la LO 1/2015, de 30 de marzo a pesar de la supresión de las penas de multa se produce un endurecimiento en las penas pues si en el art. 617.1 del CP se prevén penas de localización permanente de seis a doce días o multa de uno a dos meses, en el art. 147.2 la pena es de multa de uno a tres meses. Lo mismo sucede en el supuesto del art. 617.2, que contempla penas de localización permanente de dos a seis días o multa de diez a treinta, mientras que en el 147.3, la pena prevista es de uno a dos meses.

2.3.7 Aplicación de la falta prevista en el art. 620 del Código Penal.

El art. 620 del CP castiga con la pena de multa de diez a veinte días:

- 1. Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*
- 2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*

⁶⁵⁴ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. y OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I., “Falta de lesiones”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 65 a 67.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2 de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”.

Este precepto tipifica en el apartado 1º la falta de amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos, o cuando se saquen en una riña y en el 2º, se castigan también la amenaza, coacción, injuria o vejación de carácter leve. La STS nº 660/2003, de 5 de mayo⁶⁵⁵ señala en su fundamento de derecho 4º que: “...la diferencia entre el delito y la falta se ha hecho radicar tanto en la gravedad de la amenaza como en la valoración del propósito del agente desde el punto de vista de su seriedad, persistencia y credibilidad debiendo, por lo tanto, calificarse como falta cuando de las circunstancias concurrentes se acredite la menor gravedad de la amenaza o la inconsistencia material de la misma...”⁶⁵⁶.

La STS nº 1060/2001, de 1 de junio⁶⁵⁷ señala que el delito de amenazas “...es un delito circunstancial que hace que la valoración jurídica de la acción desarrollada deba analizarse desde las expresiones proferidas, las acciones ejercidas, el contexto en el que se vierten, las condiciones del sujeto activo y pasivo y cuantas circunstancias contribuyan a la valoración contextual del hecho...”⁶⁵⁸.

Por tanto, aunque tenga especial importancia a la hora de distinguir entre delito y falta de amenazas la gravedad en sí misma de la acción ejecutada, cobra también

⁶⁵⁵ Ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, recurso: 2617/2001; ROJ 3046/2003-ECLI:2003:ES:TS:2003:3046.

⁶⁵⁶ En términos similares se pronuncia la STS nº 662/2002, de 18 de abril, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2002/12198, en su fundamento jurídico 5º.

⁶⁵⁷ Ponente Martínez Arrieta, EDJ 2001/9444.

⁶⁵⁸ En idéntico sentido las STS nº 396/2008, de 1 de julio, ponente Berdugo Gómez de la Torre, ROJ: STS 3353/2008; STS nº 557/2007, de 21 de junio, ponente Sánchez Melgar, ROJ: STS 4310/2007. Dicho criterio es imperante y se observa ya en sentencias muy antiguas como las STS de 4 de diciembre de 1981, ponente García Miguel, EDJ 1981/5267; STS de 12 de febrero de 1985, ponente Cotta Márquez de Prado, EDJ 1985/906; STS de 6 de marzo de 1985, ponente Rodríguez López, EDJ 1985/1406; STS de 27 de junio de 1985, ponente Cotta Márquez de Prado, EDJ 1985/3874, entre otras.

especial importancia la precisión de las circunstancias en las que se producen las expresiones o actitudes amenazantes, así como los actos anteriores y posteriores a las mismas. En definitiva y como señala la STS nº 557/2007, de 21 de junio⁶⁵⁹, la diferencia entre el delito y la falta de amenazas es siempre circunstancial.

Como estudiamos en el delito de amenazas, será castigada conforme al art. 620.2 del CP, la esposa que amenace sin armas a su cónyuge, excónyuge, pareja o expareja sentimental, puesto que sólo son constitutivas de delito las realizadas con armas u otros instrumentos peligrosos conforme al art. 171.5 del CP.

Con la LO 1/2015, de 30 de marzo se prevé la desaparición del Libro III del CP y, en relación con esta falta se prevé su reubicación como delito a través de un nuevo apartado 7º dentro del art. 171 del CP⁶⁶⁰, con una agravación significativa de la pena prevista hasta el momento pues se pasa, de una pena de multa de diez a veinte días, a una pena de multa de uno a tres meses y, para el caso de que el ofendido fuera algunas de las personas del art. 173.2 del CP la pena cambia, de localización permanente de cuatro a ocho días, a localización permanente de cinco a treinta días, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses cuando se den las circunstancias expresadas en el art. 84 apartado 2º.

El art. 620.2 castiga también la coacción leve, diferenciándose del delito según RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS⁶⁶¹, en la levedad de la conducta realizada de modo similar a lo que ocurría en falta de amenazas. Así se recoge también en la STS nº

⁶⁵⁹ STS nº 557/2007, de 21 de junio, ponente Sánchez Melgar, ROJ: STS 4310/2007.

⁶⁶⁰ Con el contenido siguiente siguiente:

“7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2º del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior”.

⁶⁶¹ RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., “Art. 620 del CP”, en RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Dir.) y MARTÍNEZ GUERRA, A., (coord.), La Ley, 4ª Ed., Las Rozas (Madrid), 2011, págs. 1803 y 1804.

1523/00, de 7 de octubre⁶⁶², en términos idénticos a los previstos en la STS de 22 de noviembre de 1990.

A la hora de valorar la gravedad o no de la conducta desarrollada debe tenerse en cuenta también la insistente y violenta actitud del sujeto activo, como bien recuerda la STS nº 982/2009, de 15 de octubre⁶⁶³ en concordancia, según la STS nº 821/2003, de 5 de junio⁶⁶⁴, con la idoneidad de los medios empleados para ello, por lo que cabrá calificar la conducta como falta y no delito en los casos en los que la misma no revista la suficiente gravedad.

En el texto de la LO 1/2015, de 30 de marzo se prevé también su reubicación en el art. 172 del CP a través de un nuevo apartado 3º⁶⁶⁵ y se recoge un aumento también significativo de las penas de modo similar a lo que acabamos de estudiar en la falta de amenazas.

Respecto la falta de injurias, también tipificada en el art. 620.2, se castiga la misma en los casos en los que revista de menor gravedad conforme elementos puramente cuantitativos y circunstanciales, de modo similar a lo que sucede en las amenazas y en las coacciones.

Respecto a la regulación prevista en la LO 1/2015, de 30 de marzo se prevé una modificación del párrafo 2º del art. 208 con la siguiente redacción:

“Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4º del artículo 173”.

De la regulación anterior parece desprenderse la desaparición del castigo de las injurias leves, salvo lo dispuesto en el art. 173.4 referido a la injuria o vejación injusta

⁶⁶² Ponente Martín Canivell, EDJ 2000/32428.

⁶⁶³ Ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2009/259073.

⁶⁶⁴ Ponente Ramos Gancedo, EDJ 2003/35136.

⁶⁶⁵ Con el contenido siguiente: “Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2º del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior”.

de carácter leve, cuando el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, en cuyo caso se contemplan penas de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del art. 84. En estos casos además se exige la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Respecto a la posibilidad de suspensión de la pena de localización permanente en los casos contemplados en el último párrafo del art. 620, si bien el art. 80 del CP permite la suspensión de las penas privativas de libertad y, según lo dispuesto en el art. 35, tiene la consideración de una pena privativa de libertad de carácter menos grave o leve dependiendo de la duración de la misma, en el presente supuesto teniendo en cuenta que la duración de la misma es mínima, puesto que se prevé de una duración entre cuatro y ocho días en domicilio diferente y alejado de la víctima, y es potestativa pues el art. 57. 3 del CP recoge que *“también podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los arts. 617 y 620 del CP”*, no soy partidaria de su suspensión pues la finalidad de la prevención especial de dicha pena quedaría vacía de contenido si se acordara.

No obstante, habrá que estar a cada caso en concreto aunque incluso se podría rechazar dicha suspensión si acudimos al concepto de peligrosidad criminal del autor teniendo en cuenta la gravedad del hecho concreto, sus antecedentes penales, el número de detenciones policiales sufridas por el mismo, la existencia de otros procedimientos penales contra el mismo, ya sea por hechos relacionados con la violencia de género, ya contra la misma o distinta víctima, o de otra índole, el informe policial de valoración del riesgo, la realización de los hechos en presencia de menores de edad, sean o no especialmente vulnerables...etc.

Además, no hay que olvidar nunca que la comisión de una falta de este tipo contra las personas a las que se refiere el art. 173.2 del CP, puede ser la antesala de la comisión de una infracción penal de mayor gravedad y ser, por consiguiente, el primer eslabón de la escalada criminal que debe ser atajada de plano, por lo que, la suspensión

de la pena de localización permanente puede hacer surgir en el autor de la misma, la concepción de que la comisión de este tipo de infracciones puede salir “muy barato”⁶⁶⁶.

Por último, hay que poner de manifiesto la inexistencia de previsión legal en la falta del art. 620 del CP de la posibilidad de castigar como delito los casos de reiteración delictiva de forma similar a como lo ha previsto el legislador en los delitos de lesiones del art. 147.1 párrafo 2º (castiga con la pena prevista en el art. 147.1 del CP el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 del CP) o en el delito de hurto del art. 234 párrafo 2º del CP.

2.4 La Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo: Breve comentario a las modificaciones y novedades en relación a la materia de estudio.

Introducción: Textos anteriores a la publicación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

El 11 de octubre de 2012 se aprobó por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia D. Alberto Ruíz-Gallardón Jiménez, el Anteproyecto de reforma del CP, con el que se pretendía proceder a la revisión del sistema penal para dar respuesta a las nuevas formas de delincuencia, a la multirreincidencia y a los delitos más graves.

El 4 de octubre de 2013 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de reforma del CP.

Con fecha 29 de enero de 2015, tuvo entrada en el Senado el texto aprobado el 21 de enero de 2015 por el Pleno del Congreso de los Diputados en el que se siguió perfilando el texto de 4 de octubre de 2013. El 3 de marzo de 2015 la Ponencia designada para estudiar el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal, emitió un informe aprobando algunas de las enmiendas presentadas al texto y realizando algunas correcciones de técnica legislativa en los términos que figuran en el

⁶⁶⁶ Al respecto TORRES ROSSEL, N., “Las sanciones penales en la lucha contra la violencia de género” en *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 218 a 224, distingue tres tipos de fines en las sanciones penales impuestas en los delitos relacionados con la violencia de género, así, en primer lugar, habla de la finalidad de protección a la víctima de la violencia de género, señalando que la pena supone una continuidad de la medida cautelar impuesta y va a evitar el contacto entre el agresor y la víctima, reduciendo, por consiguiente, el riesgo de agresiones futuras. En un segundo lugar, habla de que la pena impuesta debe cumplir con su fin punitivo y de castigo y, por último lugar, considera que la pena va a permitir imponer al agresor un tratamiento orientado a reducir la posibilidad de reincidencia delictiva, ya frente a la misma víctima, ya frente a otra diferente; este último fin se refiere, por tanto, a la rehabilitación del delincuente.

Anexo que acompaña al mismo. Finalmente el 31 de marzo de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado, la LO 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que entrará en vigor a partir del 1 de julio del presente año.

2.4.1 La suspensión y sustitución de la pena⁶⁶⁷

Según se señala en la Exposición de motivos de la LO 1/2015, con la misma se ha llevado a cabo una revisión de la regulación sobre la materia a los efectos de dotar de mayor flexibilidad y rapidez a la ejecución de las penas de prisión.

La suspensión de la pena queda englobada en la LO 1/2015 en los arts. 80 al 87 y la sustitución, tras la supresión del art. 88, queda prevista en el art. 89 como una modalidad de la misma y para unos supuestos muy reducidos. En esta materia se han producido modificaciones importantes entre las que cabe destacar las siguientes:

- Se produce una mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial tanto a los efectos de la concesión como de la revocación de la suspensión otorgada.

- Se pone fin a la posibilidad actual de que la triple modalidad de suspensión vigente pueda dar lugar a tres pronunciamientos distintos y dilatados en el tiempo, con la consiguiente celeridad y eficacia.

- Aunque se sigue exigiendo que el condenado haya delinquido por primera vez, se excluyen expresamente, los antecedentes penales por delitos que por su naturaleza o circunstancias no permitan valorar adecuadamente la probabilidad de comisión de delitos futuros, al igual que por delitos leves.

- Respecto al cumplimiento de la responsabilidad civil, aunque continúa siendo un requisito para su concesión, si el condenado oculta bienes, no aporta información sobre los mismos o dificulta su embargo, puede desencadenar la revocación de la suspensión otorgada. Además ya no será necesario que el condenado satisfaga efectivamente la misma sino que bastará con que asuma el compromiso a tal fin, admitiéndose al efecto un plazo prudencial de cumplimiento.

⁶⁶⁷ El texto del articulado se puede consultar en el Anexo adjunto.

- Aunque se exige que el penado cumpla una serie de condiciones para que proceda la suspensión de la pena, la nueva regulación aumenta la discrecionalidad de los jueces y tribunales al permitirles otorgarla si las circunstancias concurrentes lo aconsejan aunque no cumplan las mismas.

- Se insta a los jueces y tribunales a que se pronuncien sobre la suspensión o sustitución de la pena en la propia sentencia, siempre que ello fuere posible y, en todo caso, con la máxima celeridad posible.

- Se otorga el control del cumplimiento de las prohibiciones o deberes de conducta a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado y a los servicios de gestión de penas y de medidas alternativas de la Administración Penitenciaria.

- Se atribuye eficacia a lo pactado por las partes en virtud de mediación, a los efectos de la suspensión de la pena.

- Se contempla la posibilidad de expulsar a ciudadanos de la Unión Europea cuando representen una amenaza grave para el orden o seguridad pública y si hubieran residido en nuestro país durante más de diez años, bajo determinadas circunstancias.

Desde un punto de vista doctrinal, en lo que afecta a la suspensión y sustitución de la pena, las modificaciones producidas han sido recibidas con no ciertas críticas.

Así, DÍEZ RIPOLLÉS⁶⁶⁸, respecto el texto del Anteproyecto, valora positivamente: la ampliación de los supuestos en los que se podría apreciar estos beneficios, que la suspensión de la pena se imponga en sentencia, que quepa la antigua sustitución cuando exista acuerdo de mediación y que se elimine la audiencia de las partes. Critica negativamente que se traslade a la suspensión la actual prohibición de la sustitución para reos habituales y que quepa la revocación retroactiva de la suspensión. Dentro de la sustitución no comparte la regulación nueva del régimen de expulsión sustitutiva aplicable aunque el extranjero se encuentre en situación legal y que por una condena de 3 años de duración se pueda expulsar sin tener en cuenta el límite máximo de pena impuesto aunque considera muy favorable la introducción de un criterio de

⁶⁶⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 49 a 55.

proporcionalidad para no expulsar, que la misma constituya la regla general para penas de entre 1 y 3 años y no de 3 meses a 6 años como en la actualidad y que se elimine la expulsión del extranjero en los supuestos de cumplimiento de la libertad condicional. Su propuesta es unificar los institutos de la suspensión y sustitución de la pena excluyendo los mismos para los delincuentes habituales y la revocación retroactiva. Propone igualmente suavizar los plazos de retorno para los extranjeros condenados, eliminar la pena de expulsión sustitutiva para los extranjeros.

Para ABEL SOUTO⁶⁶⁹ sería conveniente extender la suspensión de la pena a la multa y a las penas privativas de derechos cuando las mismas no resulten proporcionadas o adecuadas a la prevención especial y opta por un sistema muy amplio de suspensión y sustitución de penas. Dicho autor ve conveniente ampliar en cinco años la pena de prisión susceptible de ser suspendida e introducir más alternativas a la pena de prisión, corregir expresiones confusas en la redacción empleada para la suspensión de la pena en caso de enfermos terminales, sometimiento de la suspensión especial de los drogodependientes a los criterios generales, adaptación del plazo de suspensión a la gravedad de las penas, recuperar la localización permanente como alternativa a la prisión y actuar siempre con proporcionalidad y seguridad jurídica en la sustitución de la pena.

ACALE SÁNCHEZ⁶⁷⁰ pone de relevancia el afán recaudatorio que se persigue con la exigencia relativa al pago efectivo de la responsabilidad civil o el compromiso de pago realizado por el penado. En su opinión la suspensión excepcional del art. 80.3 del Anteproyecto debería quedar reducida a 3 años y no a 5 como recoge el texto y propone que la suspensión de la pena sea acordada en sentencia o posteriormente en auto motivado antes de dar inicio a la ejecución de la sentencia.

Para TRAPERO BARREALES⁶⁷¹ sería conveniente suspender en todo caso las penas privativas de libertad inferiores a 6 meses de prisión para evitar el cumplimiento

⁶⁶⁹ ABEL SOUTO, M., “Formas substitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y libertad condicional”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 291 a 304.

⁶⁷⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., “Suspensión y substitución”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 311 a 328.

⁶⁷¹ TRAPERO BARREALES, M. A., “Formas substitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad: Arts. 71 y 80 a 88CP”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*.

de estas penas de tan escasa duración, elevar a 3 años el límite de las penas de prisión a suspender con carácter general, establecer la localización permanente como pena principal en el caso de infracciones penales de escasa gravedad, prescindir del pago de la responsabilidad civil para que el infractor pueda ver suspendida su pena a cambio de que se haya esforzado en reparar el daño, la necesidad de audiencia de todas las partes intervinientes en el proceso. También entiende necesario establecer un modelo de suspensión-sustitución de la pena en el que se ponderen los fines de prevención general y especial de la misma.

En mi opinión la regulación de la suspensión y sustitución de la pena debe garantizar la audiencia de todas las partes intervinientes en el proceso, pues sólo así se evita la indefensión del condenado y que tanto la víctima como las demás partes personadas puedan manifestar lo que resulte conveniente de cara a fijar las circunstancias que rodean al hecho cometido y las reglas o deberes de conducta que sea conveniente imponer. Además, no se trata de hacer una regulación pensando en la víctima sino de no olvidarse de la misma.

La expresión “*cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos*” recogida en el art. 80.1, lleva a preguntarnos si aparte de ser una situación a valorar por el Juez o Tribunal sería conveniente un informe por un equipo de apoyo a los mismos adecuados formados por distintos profesionales como por ejemplo, psicólogos, criminólogos...etc.

El art. 80 de la Ley sustituye la expresión abstracta “*peligrosidad criminal del sujeto*” por elementos tasados a valorar en su concesión: circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. El legislador, según mi punto de vista, hace un esfuerzo por enumerar taxativamente qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta por el Juez o Tribunal para la concesión del beneficio, pero sin llegar a ser *numerus clausus*, pues sigue empleando expresiones abstractas que admiten muchas interpretaciones.

La propuesta recogida en el art. 80.3 in fine resulta confusa y la expresión inicialmente empleada por el legislador en el art. 80.4 del CP del Anteproyecto de 4 de octubre de 2013, y que afortunadamente se suprime con la LO 1/2015 de 30 de marzo, “*cuando aquella resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito*” resultaba muy ambigua y poco acertada pues permitía no acordar la suspensión en los casos mediáticos.

Aunque valoro positivamente la incorporación en el art. 82 de la expresión “*previa audiencia de las partes*”, pues parece que obedecía a un olvido del legislador, en modo alguno me parece correcta la inclusión en dicho artículo, de la frase “*no se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía*” pues da a entender que incluso en el supuesto en el que el condenado se ponga en dicha situación se le pueda otorgar dicho beneficio.

Lo mismo mencionado anteriormente respecto de la conveniencia de que el Juez o Tribunal cuenten con el apoyo de determinados expertos sería predicable en el art. 83.2 del CP.

Dentro de la regulación de las prohibiciones y reglas de conducta sería deseable que el legislador hubiera incluido la de prohibición de uso de las redes sociales cuando el delito se hubiera cometido a través de aquellas.

No comparto en absoluto la reseña que se efectúa respecto al acuerdo de mediación pues no todos los delitos pudieran ser objeto del mismo, por ejemplo, en los delitos relacionados con la violencia de género en los que está expresamente prohibido.

Tampoco valoro positivamente el art. 84.2 en lo relativo a que la suspensión o sustitución de la pena impuesta se pueda hacer depender, cuando se hubiere cometido un delito de violencia de género o doméstica, al pago de la multa de que no existan relaciones económicas entre los sujetos, máxime cuando la eficacia de la pena de multa en estos supuestos está más que cuestionada⁶⁷².

Respecto a la regulación propuesta del art. 89.3 del CP por la Ley se señala que “*El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza*

⁶⁷² A tal efecto TEJADA y DEL CASTILLO, M., “Los malos tratos de la mujer en el ámbito familiar. ¿Es posible acabar con ellos?”, *Jornadas Violencia y Sociedad*, Alicante, 23 a 25 de abril, 2003, pág. 2.

de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena". La expresión "*siempre que ello sea posible*" deja abierta la posibilidad de que se resuelva fuera de la sentencia aunque deja sin explicar bajo qué circunstancias no es posible resolver al respecto. A pesar de la redacción, no muy acertada, parece que el resto del artículo cierra el momento en el que debe decidirse sobre la sustitución: una vez declarada la firmeza de la sentencia, con lo que parece indicar que será el mismo Juez o Tribunal que la hubiera dictado el que debe decidir y no el que se encargue de la ejecución de la misma.

Por lo demás, la regulación propuesta abusa de muchos conceptos jurídicos indeterminados y la redacción es poco clara.

2.4.2 El delito de lesiones⁶⁷³

La LO 1/2015, de 30 de marzo, recoge una serie de modificaciones al art. 147 del CP que merecen las siguientes observaciones:

Inicialmente, tanto el texto del Anteproyecto como el de 4 de octubre de 2013, no así en la LO 1/2015, suprimían la referencia a que la simple vigilancia del curso de la lesión no se considera tratamiento médico, lo que llevaba a preguntarnos si debíamos seguir los mismos criterios adoptados hasta el momento para distinguir lo que es lesión de lo que no⁶⁷⁴ o si, por el contrario, debía ser el Juez o Tribunal el que decidiera la ubicación de la conducta cometida conforme al apartado 1 o 2 del art. 147 del CP en atención al medio empleado o el resultado producido, como se señalaba en los números 1 y 2 del texto de 4 de octubre de 2013. En mi opinión, de haberse mantenido dicha redacción, no hubiéramos podido acudir al criterio del tratamiento médico para distinguir las distintas lesiones, al no estar previsto en el tenor del artículo por impedirlo el principio de legalidad y nos hubiera condenado a aceptar que fuera el criterio judicial el que determinara la índole de la lesión en atención a unos criterios sólo fijados por el medio empleado para producir la misma o el resultado producido que generan indefensión y es contrario al principio de legalidad. Dicha omisión advertida fue

⁶⁷³ El texto del artículo 147 se puede consultar en el Anexo adjunto.

⁶⁷⁴ Es decir, si debemos entender que toda lesión que requiera tratamiento médico o quirúrgico debe ser castigada conforme al art. 147.1 del CP en su redacción dada por el Proyecto y si, por el contrario, no ha precisado del mismo debe ser castigada conforme al art. 147.2 del CP.

criticada, contundentemente, por GALDEANO SANTAMARÍA⁶⁷⁵ quien entiende que acudir al arbitrio judicial para determinar la naturaleza de las lesiones (menos graves y leves), atenta contra los principios de seguridad jurídica, taxatividad y, por ende, de legalidad pues tal y como estaba redactado dicho precepto en dichos textos, el criterio del Juez o Tribunal sirve para fijar la naturaleza del delito cometido, facultad que corresponde al legislador, no al Juez.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, recoge un art. 147.1 cuya regulación es prácticamente igual a la actual, salvo en lo que respecta a la inclusión de la de multa de seis a doce meses con carácter alternativo. Esta novedad, en mi opinión, debería acompañarse de la expresión “cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido” u otra similar, pues si nos fijamos el texto recoge la misma pena de multa prevista en el actual 147.2 para los casos menos graves.

Respecto el tipo privilegiado del art. 147.2 del CP se refundirían, según se prevé tanto en el Anteproyecto no así en el texto de la citada LO, los supuestos de lesiones menos graves a las contempladas en el actual art. 147.2 del CP y las lesiones que actualmente están recogidas como falta del art. 617.1 del CP castigándose ambos supuestos con penas de prisión de tres a seis meses o multa de uno a doce meses, según el Anteproyecto. El contenido del art. 147.2 del CP según la redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo equivaldría, más bien, a la actual falta del art. 617.1 del CP con un aumento ligero de la pena de prisión y la supresión de la pena de localización permanente.

La tramitación procesal para el enjuiciamiento de estos delitos según la Disposición Transitoria Cuarta del Anteproyecto , y la Disposición Adicional Tercera del Proyecto es la del actual juicio de faltas previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo cual puede acarrear una serie de problemas muy bien advertidos por GALDEANO SANTAMARÍA⁶⁷⁶. Según la citada autora, en el texto del Anteproyecto, las lesiones menos graves tipificadas en el art. 147.2 del CP se castigadan con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de uno a doce meses, lo que entrañaba el riesgo

⁶⁷⁵ GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., “Delitos contra la integridad física. Delito de lesiones: Art. 147 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 513.

⁶⁷⁶ GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., “Delitos contra la integridad física...”, ob. cit., págs. 513 y 514.

de que el mismo juez instructor impusiera una pena de prisión de hasta seis meses de duración, vulnerara el derecho a un juez imparcial y provocara numerosos expedientes de abstención o de recusación al amparo del art. 219.11ª de la LOPJ. A esta última observación se puede contestar señalando que los actuales juicios de faltas se tramitan y se juzgan por el mismo Juez de Instrucción, sin que se hayan planteado problemas relacionados con el derecho a un juez imparcial o por necesidad de abstención/recusación del mismo, pues en la tramitación de los mismo no se practica una instrucción propiamente dicha, sino que es bastante sumaria⁶⁷⁷. El problema lo planteaba el hecho de que el Anteproyecto preveía penas de prisión, ya desaparecidas en el texto de la ley, que podían ser impuestas en un procedimiento tramitado conforme las directrices del juicio de faltas sin las debidas garantías, pues se pone en entredicho la existencia de un juez imparcial que previamente ha instruido las actuaciones, en el que no es necesario ni siquiera la presencia de abogado y con una instrucción bastante limitada. Precisamente esta circunstancia es, en mi opinión, la que podía haber representado mayores inconvenientes pues no olvidemos que en muchas ocasiones es a través de una completa instrucción de las actuaciones cuando se puede llegar a calificar correctamente una determinada conducta. Por lo que sin esa necesaria y completa instrucción el Juez podría caer en la tentación de querer encuadrar muchas de esas lesiones como menos leves y al amparo del apartado 3º de ese artículo, proceder al sobreseimiento de las mismas por falta de denuncia previa. Esta conducta, que sería contraria al espíritu de la ley, según se evidencia en la Exposición de Motivos de ambos textos, podría haber llegado a ser bastante extendida, habida cuenta la multitud de partes médicos que provocan actuaciones judiciales.

En cuanto al requisito de la denuncia previa, que se recoge en el punto 4 del art. 147, entiendo que no podía ser más desafortunado. En ningún momento discrimina del tenor del mismo las lesiones del art. 153 CP, ni tampoco salva de este requisito a las lesiones sufridas por menores, incapaces o personas desvalidas, ni recoge una cláusula similar a la prevista en otros artículos del código penal cuando deja en manos del ofendido la persecución del hecho, como por ejemplo, se prevé en el art. 161 CP cuando señala que *“Cuando aquélla sea menor de edad o incapaz, o una persona desvalidas,*

⁶⁷⁷ Cuestión más discutible, a mi entender, sería si tras la completa tramitación de un procedimiento por los cauces de diligencias previas se transforma en juicio de faltas pues si se da el riesgo de contaminación que se pretende impedir con los institutos de la abstención y revocación.

también podrá denunciar el Ministerio Fiscal” o en el art. 639 CP, que desaparece con las modificaciones propuestas y que en la actualidad prevé que *“En las faltas perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, incapaz o una persona desvalida”*, obviando las funciones que le atribuyen al Ministerio Fiscal el art. 124 de la CE y su propio Estatuto Orgánico⁶⁷⁸.

Otra omisión es que la transformación de las lesiones en un delito privado debería llevar consigo la inclusión de una cláusula similar a la prevista en el último apartado del art. 639 CP que contempla que: *“En estas faltas, el perdón del ofendido o su representante legal extinguirá la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del art. 130”*, donde se permitiera al Ministerio Fiscal, además, rechazar la eficacia del perdón de forma similar a la contemplada en el art. 130.5 párrafo 2º CP.

Con independencia de lo anterior, habría que preguntarse si es correcto que el legislador decida que una cuestión como la integridad física pueda ser disponible por los particulares cuando la propia CE garantiza a todos los españoles el derecho a la integridad física y moral, y todo ello en aras a una pretendida agilización judicial mal interpretada que exige medidas de otra índole como; por ejemplo, un aumento del porcentaje de Jueces y Fiscales que está entre los más bajos de toda Europa.

2.4.3 El delito de malos tratos⁶⁷⁹

El texto del Anteproyecto articulaba una redacción del art. 153 del CP en la que, además de modificar el apartado primero, añadía un apartado 5º, que recogía la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada, la cual ha desaparecido del texto de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

La modificación prevista del apartado primero de dicho precepto sustituye la expresión “o una lesión de no definidos como delito en este Código”, por la de “o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147”.

⁶⁷⁸ Como bien señala GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., “Delitos contra la integridad física...”, ob. cit., pág. 524.

⁶⁷⁹ El texto del artículo 153 se puede consultar en el Anexo adjunto.

ACALE SÁNCHEZ⁶⁸⁰ propone un texto diferente sustituyendo la expresión “*el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147 de este Código o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle una lesión*” por la de “*el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147 de este Código o la golpear o maltratar de obra de acuerdo con lo previsto en el número 3 del art. 147*” a los efectos de poder ajustar la conducta típica del delito de maltrato a la nueva redacción del delito 147 del CP, suprimiendo la referencia al menoscabo psíquico al entrar dentro del concepto de lesión de menor gravedad y la eliminación del número 5º al entender necesaria la eliminación de la medida de libertad vigilada. Además, entiende que el hecho de que el nuevo art. 147.4º determine que “*los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal*” conlleva a que el delito de maltrato también la precise, por lo que supone un gran paso atrás en la lucha contra la violencia de género.

GALDEANO SANTAMARÍA⁶⁸¹ propone eliminar la expresión “*lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión*” y sustituirla por la de “*lesión que solo requiera la primera asistencia, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión*”, manteniendo la redacción, de los demás apartados y añadiendo un apartado último para dejar fuera de toda duda la falta de necesidad de denuncia previa, con el siguiente contenido:

“Ninguno de los delitos previstos en los anteriores apartados exige la denuncia de la persona agraviada ni de su representante legal”.

Sin dejar de parecerme acertada la modificación propuesta por la misma yo propondría la siguiente redacción:

⁶⁸⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., “Maltrato. Art. 153”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 533 y 534.

⁶⁸¹ GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., “Maltrato. Art. 153”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 537 a 543.

*“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una **lesión no definida como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle una lesión** cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años.*

*3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza o **cuando la víctima sea especialmente vulnerable.***

5. Para la persecución de los delitos previstos en los apartados anteriores no será necesaria la previa denuncia de la persona agraviada ni de su representante legal”.

La motivación a esta redacción se explica al razonar que la expresión “lesión no definida como delito en este Código” excluye las del art. 147 y 148 e incluye el “menoscabo psíquico”.

Las personas especialmente vulnerables quedarían protegidas en el apartado 3º junto con los demás supuestos de agravación, al entender que la especial necesidad de protección de estas personas merecen una pena mayor.

Por último añadiría un apartado último, en términos semejantes a lo apuntado por GALDEANO SANTAMARÍA, para descartar la naturaleza semiprivada del precepto.

Por lo demás dicha autora pone de manifiesto la reducción considerable de las penas que conlleva la nueva redacción, pues muchos supuestos que actualmente quedan castigados al amparo del art. 148 del CP⁶⁸², pasarán a estarlo en el art. 153 en atención a su calificación de lesión de menor gravedad.

En mi opinión, la redacción propuesta en la Ley es sustancialmente mejorable y no sólo porque vuelva a incluir al menoscabo psíquico o la lesión a la salud mental dentro del tipo, sino porque cuando se refiere a “*una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147*”, nos condena a aceptar una vez más, que sea el criterio judicial a falta de otra concreción por parte del legislador, el que determine la

⁶⁸² Al quedar ubicados en dicho precepto por el supuesto de agravación 4º.

índole de la lesión causando indefensión y siendo contraria, a los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Hay que tener en cuenta también que el requisito de la denuncia previa que se recoge en el punto 4 del art. 147 de la LO 1/2015, podría invocarse en este precepto pues el art. 153 del CP castiga expresamente una lesión de menor gravedad pero en el seno de las relaciones familiares ya estudiadas, por lo que considero necesaria la inclusión de un apartado 5º con el contenido ya señalado y, todo ello, para no dejar de perseguir aquellas agresiones de las que se tiene conocimiento por la remisión por parte de los centros médicos o de los hospitales de los partes de asistencia facultativa efectuados a muchas mujeres tras su agresión, y que en muchas ocasiones no denuncian por sí mismas y que podrían provocar en las mismas procesos de victimización⁶⁸³.

2.4.4 El delito de amenazas⁶⁸⁴

La redacción del artículo 173 se aproxima a la falta del actual art. 620.2 del CP, con la diferencia de que en este se castigan como falta las amenazas leves con armas y las amenazas leves que no sean constitutivas de delito, además de las que se produzcan entre personas a que se refiere el art. 173.2 del CP.

El párrafo segundo permite imponer la pena alternativa de multa si concurren las circunstancias del apartado 2 del art. 84, es decir, si entre los sujetos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común. Con esta nueva regulación se introduce como alternativa la pena de multa que hasta el momento no se contemplaba en el último párrafo del actual art. 620. Desde mi punto de vista, y sin querer entrar en el análisis de la eliminación de esta falta que haré más adelante, esta novedad no es acertada pues la

⁶⁸³ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., “La violencia en la pareja: prevalencia y evolución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 316 a 320; ECHEBURÚA ODRIZOLA, E. y AMOR ANDRÉS, P. J., “El maltrato de la mujer en el hogar: consecuencias psicopatológicas y programas de intervención”, en RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C. y VALMAÑA OCHAÍTA, S., (coords.), *La mujer como víctima: Aspectos jurídicos y criminológicos*; Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, págs. 150 y ss. o DE TORRES PORRAS, F., “Víctima y proceso”, en LAURENZO COPELLO, P., (coord.), *La violencia de género en la ley: Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 177 y ss.; DELGADO MARTÍN, J., “La víctima”, *Colección Manuales de Formación Continuada*, nº 46, 2007.

⁶⁸⁴ El tenor del artículo 173 se puede consultar en el Anexo adjunto.

finalidad de prevención especial⁶⁸⁵, que se puede conseguir imponiendo una multa cuando concurren relaciones familiares, no es muy efectiva pues acaba repercutiendo de una u otra manera sobre la víctima y favorece a los condenados que se encuentran con una situación económica saneada siendo preferible la imposición de la pena de localización permanente o la de trabajos en beneficio de la comunidad. Además con esta modificación legal se produce un aumento considerable de las penas.

La regulación contenida en el párrafo primero, del nuevo apartado 7º, omite la referencia que sí recoge el actual art. 639 en relación a que en las faltas perseguibles a instancia de la persona agraviada, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, incapaz o persona desvalida y lo relativo a que en estas faltas, el perdón del ofendido o de su representante legal extinguirá la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del art. 130.

Bajo mi punto de vista el legislador no debería prescindir del Libro III “De las faltas y sus penas” pues permiten arbitrar otro mecanismo procesal para enjuiciarlas y al no precisar de una instrucción compleja pueden dirimirse con celeridad, por lo que propondría dejar sin contenido este apartado 7º.

2.4.5 El delito de coacciones⁶⁸⁶

Con la LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha incorporado al art. 172 del CP la actual falta de coacciones leves del art. 620, pero con un aumento considerable de las penas pues las conductas del párrafo 1º pasarán a estar castigadas con penas de multa de uno a tres meses, frente a los diez a veinte días actuales, y las del párrafo 2º, con penas de localización permanente de cinco a treinta días, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, frente a la pena de localización permanente de cuatro a ocho días, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días actuales.

Como ya manifesté con ocasión del análisis de la modificación del delito de amenazas, con esta nueva regulación del delito de coacciones se introduce como

⁶⁸⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Efectos preventivos generales...ob. cit., págs. 145-160.

⁶⁸⁶ El texto del artículo 173 se puede consultar en el Anexo adjunto.

alternativa la pena de multa que hasta el momento no se contemplaba en el último párrafo del actual art. 620. Desde mi punto de vista, y sin querer entrar en el análisis de la eliminación de esta falta, que haré más adelante, esta novedad no es acertada pues la finalidad de prevención especial⁶⁸⁷ que se puede conseguir imponiendo una multa cuando concurren relaciones familiares, no es muy efectiva pues la mujer acaba resultando afectada indirectamente por esta pena y se favorece a los agresores que se encuentran en una situación económica más favorable siendo preferible, en mi opinión, la imposición de la pena de localización permanente o la de trabajos en beneficio de la comunidad.

La regulación contenida en el párrafo primero de este nuevo apartado 3º omite la referencia, que sí recoge el actual art. 639, en relación a que en las faltas perseguibles a instancia de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, incapaz o persona desvalida y lo relativo a que en estas faltas, el perdón del ofendido o de su representante legal extinguirá la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del art. 130.

Como ya dije anteriormente, el legislador no debería prescindir del Libro III “De las faltas y sus penas” pues permiten arbitrar otro mecanismo procesal para enjuiciarlas y al no precisar de una instrucción compleja pueden dirimirse con celeridad, por lo que propondría dejar sin contenido este apartado 3º.

Dejando a un lado lo anterior, sí me parece acertado que en el texto de la ley se haya recogido la mención a las personas del art. 173.2 del CP que el texto del Anteproyecto había olvidado.

Además de un apartado 3º al art. 172, tanto en el Anteproyecto, como en la LO 1/2015, se recogen dos nuevos delitos añadiendo los art. 172 bis y 172 ter en los que se pasa a castigar el delito de matrimonio forzado y el delito de hostigamiento como tipos específicos a los que me referiré más adelante.

⁶⁸⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Efectos preventivos generales...ob. cit., págs. 145-160.

2.4.6 El delito de malos tratos habituales⁶⁸⁸

En el Anteproyecto de 11 de octubre de 2012 se establecía una modificación del apartado 2º del art. 173 en el que suprimía la referencia actual a las faltas proponiendo una redacción en la que se contemplaba tan solo “...sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica” y prescindía del párrafo 2º de dicho apartado que en la actualidad contiene los supuestos agravatorios en la misma línea con lo regulado en los arts. 153.3 y 4, 171.5 apartado 2º y 171.6 y 172.2 párrafos 3º y 4º.

Respecto a la regulación propuesta en dicho texto PORTERO HENARES⁶⁸⁹ valoraba muy positivamente su redacción en atención a que la convivencia de la misma cualificación en el art. 153 del CP podría ser contraria al principio non bis in idem, a pesar de que como él mismo señala el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, critica la falta de justificación por el legislador al acordar su supresión y estimar necesario su mantenimiento.

En mi opinión, el hecho de que la Exposición de Motivos del Anteproyecto omitiera toda referencia a la supresión realizada en este precepto obedeció más bien a un descuido por parte del legislador, máxime si se tiene en cuenta que, posteriormente, se recuperó el contenido.

En la LO 1/2015, de 30 de marzo, se sustituye el término “incapaz” por el de “persona discapacitada necesitada de especial protección” e introduce un nuevo apartado 4º en el art. 173 del CP, con redacción idéntica en ambos textos. Además se prevé la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada.

Parece que la regulación propuesta obedece a la voluntad del legislador de suprimir el Libro III dedicado a las faltas y sus penas, pero sin querer dejar de castigar la injuria o vejación injusta castigada en el art. 620 del CP.

Se produce un endurecimiento de las penas de localización permanente y de trabajos en beneficio de la comunidad que pasan de cuatro a ocho días y de cinco a diez

⁶⁸⁸ El texto del art. 173 se puede consultar en el Anexo adjunto.

⁶⁸⁹ PORTERO HENARES, M., “Delito de maltrato habitual: art. 173.2 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 545 a 548.

respectivamente a de cinco a treinta días, tanto para localización permanente como para trabajos en beneficio de la comunidad, además de introducirse como alternativa a las anteriores, la pena de multa de uno a cuatro meses cuando concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2º del art. 84, extremo este último con el que no estoy de acuerdo como ya manifesté anteriormente.

Por lo demás, el legislador ha perdido una gran oportunidad para concretar un poco más el concepto de habitualidad del que en la actualidad existen todavía posiciones muy divididas.

2.4.7 El nuevo delito de matrimonio forzado

Aunque a primera vista pudiéramos pensar que el matrimonio forzado poco o nada tiene que ver con la violencia de género, lo cierto es que, como bien recoge RIVAS VALLEJO⁶⁹⁰, sí que puede definirse como una manifestación de ella y así se recoge en el art. 5.cuatro.e) de la Ley 5/2008, de 24 de abril de la Generalidad de Cataluña cuando se menciona que:

“La violencia machista puede manifestarse en alguno de los siguientes ámbitos:... Cuarto.- Violencia en el ámbito social o comunitario, que comprende las siguientes manifestaciones: ...e) Matrimonios forzados...”.

No es anecdótico que se decida recoger el matrimonio forzado como una expresión más de la violencia de género en dicha Comunidad Autónoma pues como apunta NAVARRO MICHEL⁶⁹¹, ya en el año 2009 sufrió 13 intervenciones de matrimonio forzado, 15 en el 2010, 21 en el 2011 y según señala la misma, tan sólo en el primer trimestre de 2012, ya se habían producido 9 casos.

Con la introducción del art. 172 bis se castiga en el apartado primero los llamados “matrimonios concertados” y en el apartado segundo se recoge un supuesto agravatorio, cuando para realizar la conducta descrita en el apartado primero se fuerza la salida de una persona fuera del país o se evita su entrada.

⁶⁹⁰ RIVAS VALLEJO, P., “La protección social frente a la...”, ob. cit., págs. 282 y 283.

⁶⁹¹ NAVARRO MICHEL, M., “El matrimonio forzado como manifestación de la violencia de género”, en SÁNCHEZ URRUTIA, A. y PUMAR BELTRÁN, N., (coords.), *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 128.

En la Exposición de Motivos de la Ley se justifica la tipificación de este nuevo delito en la necesidad de dar cumplimiento a los “compromisos internacionales suscritos por España” en lo relativo a la persecución de los delitos que atenten contra los derechos humanos, expresión que luego analizaré, mencionando en concreto la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983.

El uso de la expresión “dar cumplimiento a los compromisos internacionales” en la Exposición de Motivos parece restar importancia a la reforma propuesta y máxime cuando para dar cumplimiento a la misma el legislador español ha tardado más de treinta años.

En la redacción dada a dicho precepto por la LO 1/2015, se prevé un subtipo agravado cuando la conducta recaiga sobre menores de edad, pero no cuando la víctima sea una persona incapaz, algo totalmente incomprensible y que quizás obedezca a un olvido del legislador.

Así el mismo queda regulado de la siguiente forma:

”1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior⁶⁹², utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad”.

MAQUEDA ABREU⁶⁹³ propone la supresión de este precepto atendiendo a que se está castigando un delito cultural, con parecidas características a las del delito de mutilaciones genitales, en un intento de estigmatizar prácticas ancestrales de grupos

⁶⁹² El texto de 4 de octubre de 2013 se refería a “el número anterior” en lugar de “el apartado anterior”.

⁶⁹³ MAQUEDA ABREU, M. L., “El nuevo delito de matrimonio forzado: Art. 172 bis CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 559 a 564.

culturales minoritarios, de origen normalmente extranjero que profesan tradiciones vinculadas al hinduismo o el islam.

Para la citada autora nos encontramos con una reforma innecesaria pues la práctica castigada tendría cabida perfectamente en el tipo básico de coacciones del art. 172.1 del CP o en el párrafo 2º del mismo. Además es extremadamente ideológica pues el fin de la misma es meramente pedagógico y proyecta un mensaje de rechazo social y de intolerancia y, por último, es contraproducente pues va a provocar efectos perversos por la clandestinización de su práctica.

No comparto en absoluto la posición de MAQUEDA ABREU. Desde mi punto de vista la novedad en el castigo del matrimonio forzado es una excelente oportunidad para evitar que prosperen estas prácticas discriminatorias y coercitivas que al amparo de la cultura y de la tradición se pretenden justificar. No hay que olvidar que el tipo castiga dicha conducta cuando se realiza con violencia o intimidación grave. Además muchas veces la falta de recursos económicos de las familias hace que se realicen estas prácticas con niñas de corta edad, a veces muy por debajo de la edad legal para contraer matrimonio en nuestro país, y que en absoluto están preparadas, ni mental, ni físicamente, para contraerlo. Todos nos podemos representar mentalmente la imagen de aquellas niñas de la India, que a pesar de tener edad de jugar e ir al colegio, sus padres las obligan a contraer matrimonio con hombres de edad avanzada, que en muchas ocasiones lo que pretenden es tener acceso carnal con las mismas, a cambio de contraprestación económica⁶⁹⁴. Tolerar esas prácticas en España, so pretexto de que forman parte del acervo cultural del país de origen, afecta a sensibilidad social y jurídica y, en mi opinión, no tienen encaje constitucional alguno.

En mi opinión, debería eliminarse la pena de multa del apartado 1º del art. 172 bis, manteniendo el resto de penas propuestas, al no estar conforme con la imposición de la pena de multa en delitos en los que pueda resultar condenado un familiar, al poder repercutir la misma en la propia víctima y por los motivos ya manifestados con anterioridad al tratar la regulación prevista en la LO 1/2015 para los delitos de amenazas y coacciones.

⁶⁹⁴ PALLARÉS QUEROL, M., *Violencia de género. Reflexiones sobre la relación pareja y la violencia contra las mujeres*, Marge Books, Valencia, 2012, pág. 58; KAHALE CARRILLO, D. T., *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, págs. 62 y 63.

Respecto al apartado 2º, añadiría un inciso con el siguiente contenido:

“Si el autor del hecho pretendiera además alguno de los fines previstos en el Título VII bis, se impondrán la penas previstas en los mismos en grado superior”.

En cuanto al apartado 3º del art. 172 bis propongo la siguiente redacción:

“Se impondrán las penas en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad, incapaz o persona especialmente vulnerable por razón de su enfermedad, discapacidad o situación especial en la que se encuentre. En estos casos, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, podrá imponer además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Sobre la **motivación** de la regulación propuesta, trato por un lado de evitar que el castigo de la conducta resulte más beneficioso cuando se efectúa por alguno de los fines previstos en el Tít. VII bis pues se puede concertar un matrimonio forzoso para alguno de los fines previstos en dicho Tít., con lo que si no se regula expresamente la pena a imponer podría resultar más beneficiosa.

Respecto a la inclusión de incapaces y personas especialmente vulnerables en la regulación propuesta en el apartado 3º entiendo, en todo caso, necesario incluirlos pues de otra forma se castigarían dichos supuestos conforme el apartado primero sin ningún tipo de agravación.

En cuanto a la introducción de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento la considero necesaria si el sujeto activo del delito son los padres o los encargados del menor o incapaz a los efectos de apartar al mismo de la situación de riesgo que supondría que siguiera bajo su ámbito de protección.

2.4.8 El nuevo delito de hostigamiento o stalking⁶⁹⁵

Con la redacción dada al mismo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el art. 172 ter queda regulado del modo siguiente:

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar

⁶⁹⁵ Se puede consultar la regulación del mismo por los textos anteriores a la LO 1/2015, de 30 de marzo en el Anexo adjunto.

legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1º La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella..

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En el texto de la Ley se modifica el número 1º del apartado 1º, en el que se sustituye la expresión “*la aceche o busque su cercanía física*” que el Anteproyecto establecía, por la de “*la vigile, la persiga o busque su cercanía física*”. En el apartado 1º se introduce un párrafo *in fine* que agrava la pena cuando la conducta se realice sobre una persona especialmente vulnerable. Se modifica la pena prevista del apartado 2º introduciendo de manera alternativa la pena de prisión de uno a dos años, o la de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

Para ACALE SÁNCHEZ y GÓMEZ LÓPEZ⁶⁹⁶ se debería suprimir la expresión “*sin estar legítimamente autorizado*” pues según las mismas no aporta nada positivo y da a entender que en determinados supuestos el ordenamiento jurídico podría autorizar

⁶⁹⁶ ACALE SÁNCHEZ, M. y GÓMEZ LÓPEZ, R., “Acoso-stalking: Art. 173 ter”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 565 y 566.

su realización, y además la referencia al maltrato habitual, pues podría ser contraria al principio *non bis in ídem*.

GALDEANO SANTAMARÍA⁶⁹⁷ es mucho más crítica y resalta, en primer lugar, la necesidad de que el legislador profile mejor el bien jurídico protegido con este delito y que especifique si el mismo es la libertad, la seguridad o un híbrido entre ambos. En segundo lugar, entiende que la expresión empleada en el Anteproyecto “*atentar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana*”, y que se sustituye en el texto de la LO por la de “*altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana*”, a pesar de ser el elemento nuclear y principal del tipo, es un concepto jurídico indeterminado que en atención a la pena prevista, difícilmente será concretado por el TS y recaerá en la jurisprudencia menor su definición. Además, propone sustituirla por la expresión “*altere objetiva y gravemente el desarrollo de su vida cotidiana*”. La citada autora defiende que la pena de multa prevista en el texto del Anteproyecto, para el caso de que la víctima fuera alguna de las contempladas en el art. 173.2, debería modificarse por otra distinta, lo que ya sucede en la LO 1/15, de 30 de marzo, pues al no distinguir entre violencia de género y doméstica el CP se separa del diferente tratamiento punitivo que se venía realizando a lo largo de las múltiples reformas legislativas en la materia. Respecto al requisito de la denuncia previa resalta dos cosas: la primera, que debería incluirse la posibilidad de que el Ministerio Fiscal denunciara esta conducta cuando la misma se efectúe sobre menores de edad o incapaces y la segunda, que el espíritu de la LIVG es contrario a la exigencia de una denuncia previa de la víctima para poder investigar, instruir o enjuiciar cualquier delito de este ámbito.

Por último, propone la supresión de las expresiones “*realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores*”, contenida en el número 5º del apartado primero, ya desaparecida en el texto de la Ley, por resultar contraria al principio de taxatividad y de no expresar la propia ley a qué tipo de analogía hay que acudir para su interpretación; y “*sin estar legítimamente autorizado*” por desafortunada, pues puede hacer pensar que bajo determinadas circunstancias está legitimada dicha conducta.

⁶⁹⁷ GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., “Acoso-stalking: Art. 173 ter”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 567 a 580.

Para GUTIÉRREZ CASTAÑEDA⁶⁹⁸ la necesidad de tipificación de esta modalidad de acoso responde a la conveniencia de sancionar comportamientos que no tienen una respuesta adecuada en otros tipos penales pero, según la citada autora, el tipo propuesto adolece de importantes deficiencias y su falta de reflexión conlleva que equipare conductas de muy diversa gravedad, no defina de forma adecuada el modo en el que las mismas ni el resultado típico deben realizarse, además de incluir una cláusula concursal que puede vulnerar gravemente el *bis in idem* y de conducir a la incriminación de comportamientos molestos que no alcanzan la gravedad suficiente para ser sancionados penalmente.

Para VILLACAMPA ESTIARTE⁶⁹⁹ la relevancia de la inclusión de este delito se explica por la insuficiencia de tipos como las coacciones o las amenazas para incriminar esta modalidad de conductas de acecho u hostigamiento y propone modificaciones tanto en la descripción de la conducta típica respecto de las conductas de acoso que ejemplificativamente incluye el tipo delictivo, así como en la descripción del resultado estructural del delito, en la configuración de los supuestos cualificados en el apartado 2º del precepto y la necesidad de incluir un tipo cualificado al objeto de clarificar la relación del delito de hostigamiento con otros que emplean violencia psicológica o atentan contra la libertad de obrar.

En mi opinión hay que aplaudir la decisión del legislador de tipificar esta conducta que muy difícilmente podía tener cabida en el delito de coacciones o en el delito de amenazas. Ahora bien, el texto de la LO 1/2015, de 30 de marzo, es sustancialmente mejorable y no falta razón a las autoras citadas cuando muestran su preocupación y críticas.

En primer lugar, y como ya se ha señalado, la expresión “*sin estar legítimamente autorizado*”, no es acertada y conecta directamente con la cuestión de qué sujeto activo puede realizar la misma. ¿Quién puede ser sujeto activo con arreglo a la descripción que se efectúa de la conducta típica? El legislador ha utilizado elementos

⁶⁹⁸ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., “Acoso-stalking: Art. 173 ter”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 581.

⁶⁹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Acoso-stalking: Art. 173 ter”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 597 y 598.

descriptivos tan amplios que cabe pensar en multitud de supuestos: desde paparazzi, hackers, parejas o ex parejas sentimentales, cobradores de morosos...etc., y la equiparación en penas para todos ellos no es adecuada. ¿Es posible que el legislador pretenda salvar con dicha frase la conducta realizada por un policía que en el ejercicio de sus funciones esté llevando a cabo una actuación de seguimiento y vigilancia? Entiendo que no, pues la expresión “altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana” no es conciliable con el carácter reservado de estas actuaciones que exigen normalmente de un gran sigilo para evitar su descubrimiento.

En segundo lugar, el número 5º del apartado 1º contenido en el Anteproyecto, y eliminado en la LO 1/2015, tampoco resultaba acertado pues entiendo que recogía supuestos de analogía *in malam partem* o analogía en contra del reo, lo cual contradice lo dispuesto en el art. 4.1 del CP.

Tampoco me parece acertado el marco penológico previsto⁷⁰⁰ cuando la conducta recaiga sobre personas especialmente vulnerables, pues si el tipo básico contempla una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, la pena resulta muy similar. Si la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015 resalta la necesidad de otorgarles una protección penal reforzada sería necesario la agravación de las mismas.

Respecto al número 2º referido a las personas del art. 173.2 del CP, en la LO 1/2015, se prevén penas de prisión de uno a dos años o de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días, sin distinguir entre las diferentes víctimas, algo que ha resultado criticado como ya he señalado con anterioridad.

En mi opinión, el problema radica en que el precepto no tiene en cuenta, dentro de las personas a que se refiere el art. 173.2, ni el grado de parentesco, ni si existe o no convivencia y, además, lo hace de forma contradictoria puesto que el texto de la LO 1/2015, castiga de forma independiente en el número 1 *in fine*, la conducta realizada sobre personas especialmente vulnerables y con otro marco punitivo que el previsto en estos supuestos y sin excluirlos.

⁷⁰⁰ Que oscila entre los seis meses y los dos años de prisión.

Respecto al apartado 3º del artículo sería conveniente su supresión pues puede entrar en colisión con el principio *non bis in idem*. Al apartado 4º de ambos textos les añadiría la frase: “*salvo que aquella sea menor de edad, incapaz o alguna del art. 173.2 del CP, en cuyo caso bastará la denuncia del Ministerio Fiscal o su representante legal*”.

Por último y en lo que se refiere al número 5º del Anteproyecto, más que una pena de libertad vigilada sería más partidaria de imponer la de prohibición de aproximación o de no comunicación previstas en los arts. 48 y 57 del CP. En todo caso resulta muy positiva su eliminación en la LO 1/2015, de 30 de marzo.

A grandes rasgos, la voluntad del legislador de sancionar esta conducta me parece más que justificada pero resulta necesario realizar una profunda revisión a la redacción del precepto prevista en la Ley, que no mejora las críticas vertidas a los textos anteriores, y que permitiera depurar los problemas técnicos ya señalados, producto quizás de una escasa reflexión, en todo caso necesaria, y de unas prisas injustificadas por publicar la reforma al Código Penal, con entrada en vigor a partir del 1 de julio de 2015.

CAPÍTULO 3

TUTELA PROCESAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Una vez analizada la protección penal dispensada por la LIVG y dejando a un lado otros tipos de protección previstos en la misma, como la protección social¹, la laboral², la institucional³ o la educativa⁴, es necesario pasar ahora a analizar la protección procesal contemplada en el Título V de la LIVG.

¹ RIVAS VALLEJO, P., “La protección social frente a la...”, ob. cit., págs. 163 y ss.; AGUIRRE HIDALGO, D. A., “Problemática específica de las mujeres jóvenes inmigrantes, víctimas de violencia de género”, *Revista de Estudios de Juventud*, nº 86, septiembre 2009, págs. 107 y ss.; CORSI, J., “La violencia hacia las mujeres como problema social. Análisis de las consecuencias y de los factores de riesgo”, en http://www.berdingune.euskadi.net/contenidos/informacion/material/es_gizonduz/adjuntos/laviolenciahacia las mujeres como problema social.pdf, última visita 2 de marzo de 2015; PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, A. M., “Medidas integrales contra la violencia de género. (Ley Orgánica 1/2004, 28-12)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 22, 2005, págs. 263 y ss.; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “La violencia de género: una mirada desde el trabajo social”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.). *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 111 y ss.; GARCÍA ZAFRA, I., “La asistencia jurídica gratuita tras la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 129 y ss.

² SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L., “Incidencia en el ámbito laboral de la violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 785 y ss.; SERRANO ARGÜELLO, N., “Las insuficiencias en la protección a las víctimas de violencia contra las mujeres para quienes ejercen un trabajo por cuenta propia”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 813 y ss.; ARAMENDI SÁNCHEZ, P., “Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, 30/2005, págs. 2 y ss.; LOUSADA AROCHENA, J. F., “Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Revista del Poder Judicial*, nº 88, 2009, págs. 267 y ss.; RUANO RODRÍGUEZ, L., “Protección de las víctimas de violencia de género en el ámbito del trabajo y de la seguridad social: aspectos sustantivos y procesales”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, págs. 425 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V., “Aspectos sociolaborales de...”, ob. cit., págs. 87 y ss.; DÍAZ AZNARTE, M. T., “La respuesta del ordenamiento jurídico-laboral a la situación de las trabajadoras víctimas de violencia de género”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.). *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 155 y ss.; GARCÍA VALVERDE, M. D., “El agresor en la violencia de género. Análisis desde el punto de vista del derecho del trabajo y de la seguridad social”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.). *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 175 y ss.; OLMEDO GAYA, A. I., “La violencia de género en la normativa del empleo público español”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.). *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 223 y ss.

³ PLANCHADELL GARGALLO, A., “Los presupuestos procesales de la ley...”, ob. cit., págs. 297 a 304; MARCHENA GÓMEZ, M., “La Fiscalía contra la violencia sobre la mujer: aspectos orgánicos y funcionales”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de*

3.1 Los Juzgados de Violencia sobre la mujer

Como ya he adelantado, el Título V de la LIVG está dedicado a la tutela judicial, y su capítulo primero a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en adelante JVM)⁵.

A pesar de las críticas que suscitó la creación de los JVM⁶, éstos obedecen a esa idea de protección integral que se busca en la LIVG, y con la que se pretende conseguir una concentración de los órganos judiciales a través de un tratamiento global y multidisciplinar que conlleva procedimientos ágiles y sumarios en los que se compaginen no sólo procedimientos penales sino también civiles, medidas de

género, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007, págs. 305 y ss.; Instrucción nº 7/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre El Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la Violencia de las Fiscalías; VILLALBA PÉREZ, F., “La Administración Pública ante la violencia de género”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 193 y ss.; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “El sistema de tutela ante la violencia de género: Aspectos jurídicos y políticos”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 243 y ss.; MAGARIÑOS YÁNEZ, J. A., “La tutela institucional”, en *El derecho contra la violencia de género*, Montecorvo, S.A., Madrid, 2007, págs. 81 y ss., y MAGARIÑOS YÁNEZ, J. A., “El Ministerio Fiscal en el sistema contra la violencia de género”, en *El derecho contra la violencia de género*, Montecorvo, S.A., Madrid, 2007, págs. 132 y ss.

⁴ LORENTE ACOSTA, M., “Violencia de género, educación...”, ob. cit., págs. 27 y ss.; MAGARIÑOS YÁNEZ, J. A., “Medidas de sensibilización, prevención y detección”, en *El derecho contra la violencia de género*, Montecorvo, S.A., Madrid, 2007, págs. 72 y ss.

⁵ ALHAMBRA PÉREZ, P., “Cuestiones de competencia, competencia objetiva, subjetiva y funcional”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007, pág. 85 y ss.; ARTAL FAULO, C. J., “Competencias de los Juzgados de...”, ob. cit.; CHIRINOS RIVERA, S., “Sobre la competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la mujer”, *Tirant on line*, 2009; CUADRADO SALINAS, C., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género”, *Feminismo/s*, nº 8, diciembre 2006, págs. 143 y ss.; DEL POZO PÉREZ, M., “El Juez de Violencia sobre la Mujer: Creación y competencia en el orden jurisdiccional penal”, *Anuario da Facultade de Dereito*, nº 9, 2005, págs. 152 y ss.; GARCÍA SÁNCHEZ, A. M., “Competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: competencia personal, objetiva, y territorial”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010; GONZÁLEZ GRANDA, P., “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género”, *La Ley*, Año XXVI, nº 6214, 2005; GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., “Cuestiones de organización y de competencia en la nueva LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género: los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer”, *Colección Revista del Poder Judicial*, nº 79, año 2005, págs. 57 y ss.; MAGRO SERVET, V. “Los juzgados de violencia sobre la mujer: una propuesta de mejora”, *Colección Revista del Poder Judicial*, nº especial XIX-2006; págs. 497 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género: discriminación positiva...”, ob. cit., págs. 11 y ss.; MARTÍNEZ DERQUI, J., “Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010; TENA FRANCO, I., “Valoración de las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008; VERDEJO TORRALBA, F., “Competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Presupuestos de atribución de competencias y límites objetivos, funcionales y territoriales”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007, págs. 209 y ss.

⁶ CAMARERO BENITO, S. “Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre...”, ob. cit., págs. 21 y 22; CAMARERO BENÍTEZ, S., “Aspectos sustantivos penales y civiles...”, ob. cit., págs. 77 y ss.

protección a las mujeres y a sus hijos y medidas cautelares que puedan ser ejecutadas de forma urgente⁷.

Su regulación está prevista en los artículos 43 a 56 de la LIVG, que ha supuesto importantes reformas en la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial (en adelante LDPJ), en la LOPJ, en la LECrim y en la LECiv, al afectar a la organización judicial, a la distribución de competencias y a las normas procesales penales y civiles que rigen la actuación de los mismos.

El art. 43 de la LIVG añade el art. 87 bis de la LOPJ que señala:

“1. En cada partido habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede.

2. No obstante lo anterior, podrán establecerse, excepcionalmente, Juzgados de Violencia sobre la Mujer que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia.

3. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que, en aquellas circunscripciones donde sea conveniente en función de la carga de trabajo existente, el conocimiento de los asuntos referidos en el artículo 87 ter de la presente Ley Orgánica, corresponda a uno de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, o de Instrucción en su caso, determinándose en esta situación que uno solo de estos Órganos conozca de todos estos asuntos dentro del partido judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias.

4. En los partidos judiciales en que exista un solo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción será éste el que asuma el conocimiento de los asuntos a que se refiere el artículo 87 ter de esta Ley”.

Este precepto se completa con las necesarias modificaciones de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial que llevan a cabo los arts. 48, 50, 51, 52 y la Disposición Adicional Decimoctava de la LIVG (Anexo XIII). El art. 9 LDPJ, modificado por el art. 49 LIVG, que reitera esta previsión y el Anexo LIVG, que añade un Anexo III a la LDPJ (Disposición Adicional 18ª LIVG). La creación de los mismos se efectuó de forma escalonada y la Disposición Final cuarta habilita al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, para adoptar en el plazo de seis meses desde la publicación de la Ley (29.12.04) las medidas necesarias para la implantación

⁷ Así se recoge en la Exposición de Motivos de la LO 1/04, de 28 de diciembre.

de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como para la adecuación de la estructura del Ministerio Fiscal a las previsiones de aquella⁸.

En desarrollo de tal mandato, el Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo, dispone la creación y constitución inicial de 16 Juzgados de Violencia sobre la Mujer, correspondientes a la programación del año 2005, y habilita al Consejo General del Poder Judicial para que designe los Juzgados que se encargarán de la materia en régimen de compatibilidad con otras -lo que se ha efectuado por Acuerdo del Pleno del CGPJ de 27 de abril de 2005- y en relación con aquellos partidos judiciales en que exista un único Juzgado de Primera Instancia e Instrucción.

La Disposición Adicional décima de la LO 1/2004 introduce determinadas modificaciones en la LOPJ para acomodarla a la existencia de los nuevos JVM, tales como: en el apartado 1 del art. 87 LOPJ referido a la competencia de los Juzgados de Instrucción, la adición de un nuevo párrafo en el apartado 2, del art. 89 bis LOPJ relativo a la especialización de los Juzgados de lo Penal, la reforma del apartado 1 del art. 210 y la introducción de un nuevo párrafo en el apartado tercero del art. 211 LOPJ para regular el régimen de sustitución de los Jueces encargados de los JVM.

La Disposición Adicional duodécima añade una disposición adicional cuarta a la LECrim, por la que las referencias que se hacen al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del art. 544 ter de la LECrim se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer, y las referencias que se hacen al Juez de Guardia en el Título III del Libro IV, y en los arts. 962 a 971 de esta Ley, se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer.

Por último, la Disposición Final primera establece que todas las referencias y menciones contenidas en las leyes procesales penales a los Jueces de Instrucción deben también entenderse referidas a los Jueces de Violencia sobre la Mujer en las materias propias de su competencia.

⁸ Según lo dispuesto en el art. 46 ter.1 de la LDPJ mediante Real Decreto por el Gobierno, dentro del marco de los Presupuestos Generales del Estado, oído el Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, la Comunidad Autónoma afectada. La Disposición Final Cuarta de la LIVG habilita al Gobierno para que dicte en el plazo de seis meses desde la publicación de la LIVG en el BOE las disposiciones que fueran necesarias para su aplicación y a través del Ministerio de Justicia ordena que se adopten en el referido plazo las medidas necesarias para la implantación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como para la adecuación de la estructura del Ministerio Fiscal a las previsiones de la LIVG.

Respecto la **naturaleza de dichos JVM**, el informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, hablaba de “jurisdicción especial” al señalar en su página 54 que *“estamos, por tanto, ante una especie de conmixtión de jurisdicciones, que tiene como resultado una jurisdicción especial, la jurisdicción de violencia sobre la mujer, un híbrido que combina aspectos penales y civiles-y éstos de diversa índole-y sin que se pierda de vista las consecuencias...”*.

Desde un punto de vista doctrinal no se comparte la anterior visión del CGPJ. ARTAL FAULO⁹ habla de “especialización judicial” en atención a motivos más políticos que técnicos.

Para ALHAMBRA PÉREZ¹⁰ son nuevos órganos especializados creados por la LIVG, dentro de la jurisdicción penal de los Jueces de Instrucción, sin entender que los mismos supongan la creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por los Juzgados de Familia lo que plantea problemas de delimitación competencial de estos nuevos Juzgados con los de Instrucción y con los Juzgados civiles con competencias en materia de familia.

CUADRADO SALINAS y FERNÁNDEZ LÓPEZ¹¹ coinciden al afirmar que los JVM son juzgados de instrucción especializados con competencia en materia penal y, en determinadas circunstancias, también civil cuya finalidad es dar una respuesta rápida, eficaz, coordinada e integral a la víctima de un acto de violencia de género. Para estas autoras los JVM comparten la misma naturaleza de los Juzgados de Menores o de los de Vigilancia Penitenciaria, en el orden penal o de los Juzgados de Familia y de lo Mercantil, en el orden civil. Se trata de órganos jurisdiccionales especializados por razón de la materia, creados con la finalidad de dar un tratamiento específico a unos determinados asuntos que requieren especiales conocimientos, ya sea por su complejidad, ya sea por el número de asuntos o por una decisión del Poder Ejecutivo basada en la prioridad que se pretende dar a un determinado tipo de casos.

⁹ ARTAL FAULO, C. J., “Competencias de los Juzgados de...”, ob. cit., pág. 4.

¹⁰ ALHAMBRA PÉREZ, P., “Cuestiones de competencia, competencia objetiva...”, ob. cit., pág. 85.

¹¹ CUADRADO SALINAS, C., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Algunos aspectos procesales...”, ob. cit., pág. 144.

También hablan de Juzgados especializados MAGRO SERVET¹², JIMENO BULNES¹³, LIBANO BERISTAIN¹⁴, COMAS D'ARGEMIR¹⁵, GÓMEZ COLOMER¹⁶, SENÉS MOTILLA¹⁷, PLANCHADELL GARGALLO¹⁸, ACALE SÁNCHEZ¹⁹, MONTALBÁN HUERTAS²⁰, entre otros²¹.

Tras el análisis anterior entiendo que los JVM son juzgados ordinarios especializados, dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, excluyendo, por consiguiente, la creación de un órgano jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces civiles. La LIVG no crea un orden jurisdiccional nuevo diferente del penal o del civil sino que prevé la creación de unos órganos judiciales especializados con competencias penales y civiles.

Respecto a sus **competencias**, los JVM conocerán la instrucción de los procedimientos por delitos relacionados con la violencia de género, y en su caso, el fallo de determinadas causas penales y asumirán ciertas competencias civiles.

Las reglas relativas a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se encuentran dispersas en los Capítulos I, II y III del Título V de la LIVG,

¹² MAGRO SERVET, V., “Los juzgados de violencia...”, ob. cit.; págs. 500 y ss.

¹³ JIMENO BULNES, M., “Violencia de género: Aspectos orgánicos...”, ob. cit. pág. 306.

¹⁴ LIBANO BERISTAIN, A., “Consideraciones críticas acerca de la especialización judicial en la Ley Orgánica 1/2004”, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 343.

¹⁵ COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M., “La violencia doméstica y de género: Diagnóstico del problema y vías de solución”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007, pág. 97.

¹⁶ GÓMEZ COLOMER, J. L., “Visión general sobre la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007, pág. 97

¹⁷ SENÉS MOTILLA, C., “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y sus competencias”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007, págs. 217 y ss.

¹⁸ PLANCHADELL GARGALLO, A., “Los presupuestos procesales en la ley...”, ob. cit., págs. 255 y ss.

¹⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., “Reformas en el orden procesal”, en *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S.A., Madrid, 2006, pág. 354.

²⁰ MONTALBÁN HUERTAS, I., “Ley Orgánica 1/2004...”, ob. cit., pág. 87.

²¹ Como MARTÍNEZ DERQUI, J., “Aspectos civiles de la orden de protección...”, ob. cit., pág. 5.

dentro de las cuales se debe distinguir entre competencia objetiva, territorial y funcional.

Dentro de la **competencia objetiva**, como ya adelanté, los JVM asumen competencias penales y civiles.

Respecto las **competencias penales** están previstas en los arts. 44, 58 y 60 de la LIVG, por los que, respectivamente, se adiciona un art. 87 ter en la LOPJ, se modifica el art. 14 de la LECrim y se introduce un nuevo art. 17 bis en dicha ley procesal. El art. 44 de la LIVG, que añade el art. 87 ter. 1 de la LOPJ, tiene el siguiente contenido:

“1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

a. De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b. De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c. De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d. Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a de este apartado”.

A su vez la modificación del art. 14 LECrim, producida por el art. 58 de la LIVG, incluye en éste un nuevo apartado quinto, relativo a la competencia de los JVM, y adapta, en consonancia, los restantes apartados a las competencias propias de dichos Juzgados en relación con el conocimiento y fallo de las faltas, la instrucción de delitos o

el enjuiciamiento y fallo de conformidad de delitos menos graves, así como a la competencia territorial de la Audiencia Provincial (o del Tribunal del Jurado) para el enjuiciamiento de los restantes delitos en el caso de que los haya instruido un Juez de Violencia sobre la Mujer.

Respecto al nuevo art. 87 ter 1, introducido por el art. 44 de la LIVG, MUERZA ESPARZA²² señala que las letras a), b) y c) constituyen una competencia funcional por razón de la materia, sin embargo, yo entiendo que suponen más bien unos criterios de atribución de competencia objetiva, puesto que en virtud de los mismos se decide cuándo conocerán los JVM en primera instancia mientras que la competencia funcional permite saber cuál será el órgano judicial que conoce de los recursos contra las resoluciones dictadas por aquéllos, y que está prevista en los arts. 45 y 46 de la LIVG. Asimismo destaco que lo fundamental de la atribución de la competencia, además del *criterio ratione materiae*, es que el sujeto pasivo de los delitos sea alguna de las personas a que se refiere la letra a) de dicho precepto, *criterio ratione personae*.

Hay que resaltar, también, la no inclusión dentro del art. 44 LIVG del delito de quebrantamiento de pena o de medida cautelar que se pueda derivar, bien de la existencia de una orden de alejamiento acordada durante la instrucción de un proceso frente a un agresor y a favor de la víctima, o de la existencia de una pena de prohibición de aproximación y de no comunicación derivada de un proceso anterior y que en ambos casos no sea respetada por aquél, ante lo cual lo más lógico sería postular la vis atractiva de los JVM y que la instrucción de dicho procedimiento fuera conocida por los mismos.

PLANCHADELL GARGALLO²³ a la hora de estudiar la competencia de los JVM en el orden penal señala dos requisitos:

a) Uno de carácter objetivo, referido al conjunto de delitos que prevé el legislador como competencia de los JVM y al que se añade la referencia genérica “*cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación*”.

²² MUERZA ESPARZA, J., “Aspectos Procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J., SEMPERE NAVARRO, A.V., IÑIGO CORROZA, E., *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 51.

²³ PLANCHADELL GARGALLO, A., “La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer” en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (coord.), *Violencia de género y sistema de Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 283 y 284.

b) Que el conjunto de delitos a que se refiere el requisito anterior se haya cometido contra quien sea o hay sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, así como sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género. Indica igualmente que el autor del hecho delictivo debe ser un hombre que tenga una relación sentimental con la víctima, aunque no exista convivencia entre ambos.

Por tanto, la atribución de la **competencia objetiva** se realiza en función de la materia (*criterio ratione materiae*), en función de la especial relación que debe existir entre el sujeto activo y pasivo (*criterio ratione personae*), referida en todo caso a una relación sentimental y en función del diferente sexo entre uno y otro, (teniendo en cuenta además, que el sujeto pasivo puede ser alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 del CP) pues los delitos cometidos en el seno de relaciones sentimentales entre personas del mismo sexo no serán conocidas por los JVM.

Además, hay que tener en cuenta la **gravedad de la pena**²⁴ y el **tipo de delito cometido**²⁵ pues dependiendo de esto la **competencia funcional** para conocer del enjuiciamiento del mismo recaerá en el Juzgado de lo Penal, la Audiencia Provincial o el Tribunal del Jurado al igual que también variará el órgano judicial encargado de conocer de los recursos planteados frente a las resoluciones judiciales de los anteriores²⁶.

Así se contempla también por ARTAL FAULO²⁷, ALHAMBRA PÉREZ²⁸, CUADRADO SALINAS y FERNÁNDEZ LÓPEZ²⁹.

²⁴ Según lo dispuesto en el art. 58 de la LIVG que modifica el art. 14.3 de la LECrim.

²⁵ Nuevamente habrá que acudir al art. 58 de la LIVG que modifica el art. 14 de la LECrim y cuyo apartado 5.a) atribuye al JVM el conocimiento de la instrucción de determinados delitos.

²⁶ Y que se determinará en atención al tipo de recurso que se plantee; así por ejemplo, si el recurso es de apelación habrá que acudir a lo dispuesto en el art. 766 de la LECrim.

²⁷ ARTAL FAULO, C. J., “Competencias de los Juzgados de...”, ob. cit., pág. 5.

²⁸ ALHAMBRA PÉREZ, P., “Cuestiones de competencia objetiva, subjetiva y territorial”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, año 2007, págs. 85 y 86.

La **competencia *ratione materiae*** viene recogida en el art. 87.ter. 1 y 4 de la LOPJ y el art. 14.5 de la LECrim. La Ley sigue un criterio mixto que comprende junto a un catálogo de infracciones, una cláusula genérica y una competencia por conexión. El catálogo de delitos que recoge son homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral y contra la libertad e indemnidad sexuales. El legislador ha preferido hacer referencia a los títulos del Código Penal y no a delitos concretos de artículos determinados de dicho Código, lo cual plantea problemas de interpretación respecto a qué delitos, dentro de los señalados, quedan incluidos y cuáles no. Como ya he indicado anteriormente, no se incluye el delito de quebrantamiento de pena o de medida cautelar.

Según ALHAMBRA PÉREZ³⁰, y refiriéndose al delito de homicidio, están incluidos, tanto el homicidio, como el asesinato y las resoluciones manifestadas de la voluntad (art. 138, 139, 140 y 141 CP) no así el homicidio imprudente y el causado por imprudencia profesional, y en cuanto a la inducción al suicidio, sólo en los casos en los que sea una expresión de violencia de género. En los delitos de aborto quedan excluidos los abortos cometidos con consentimiento de la mujer, salvo el caso excepcional en que se logre probar que el consentimiento se ha conseguido arrancar como expresión de un acto de violencia de género, violencia psicológica, por parte del agresor. También queda fuera el castigo del aborto llevado a cabo por profesional. Respecto de las lesiones, quedan excluidas las lesiones imprudentes y las causadas en riña tumultuaria. Por lo demás, se ha establecido una agravación específica en el art. 148, 4º y 5º CP cuando la víctima sea mujer o persona especialmente vulnerable, que se puede aplicar de forma facultativa por el Juez o Tribunal. En cuanto a las lesiones al feto quedan fuera las lesiones imprudentes y las causadas por profesional. Respecto de los delitos contra la libertad quedan excluidos los cometidos por autoridad o funcionario público y los dirigidos a atemorizar a poblaciones y grupos de personas. En relación con los delitos contra la integridad moral queda excluido el delito de torturas y el cometido por la autoridad o funcionario público. En los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales no se incluyen todos aquellos que tengan como sujeto pasivo a menores o incapaces, porque tendrán que ir acompañados de actos de violencia de género para que puedan

²⁹ CUADRADO SALINAS, C., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Algunos aspectos procesales...”, ob. cit., pág. 147.

³⁰ ALHAMBRA PÉREZ, P., “Cuestiones de competencia objetiva...”, ob. cit., págs. 90 y 91.

quedar bajo el marco competencial de los JVM. Así el exhibicionismo, la provocación sexual, y los delitos relativos a la prostitución o corrupción de menores quedan excluidos, salvo que la mujer sea obligada a prostituirse por quien sea o haya sido su pareja.

Por último, el apartado primero del art. 87 ter de la LOPJ habla de “*cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación*”. Al respecto la FGE en su Circular 4/2005 sobre violencia de género señala que el término “violencia”, equivale a *vis physica*, e implica actos de fuerza o agresión sobre la persona, sea el sujeto pasivo del delito, sea un tercero sobre el que se ejerce violencia para coaccionar a aquél y el término intimidación constituye un concepto normativo que equivale a *vis moral*, sinónimo de causar temor, implicando el empleo de medios coercitivos no físicos, sino psíquicos, capaces de provocar anulación de los resortes defensivos de la víctima, perturbando seria y acentuadamente sus facultades volitivas.

Respecto de la **competencia de los JVM *ratione personae***, el art. 87 ter 1 a) LOPJ recoge, como sujetos pasivos del delito, a quien sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado unida al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos contra descendientes propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género, debiendo excluirse, por tanto, las relaciones homosexuales, exclusión criticada por ALHAMBRA PÉREZ³¹, quien señala que no tiene sentido dicha omisión al poder establecer a dichos colectivos relaciones asimilables al matrimonio o a una relación análoga de afectividad.

Hay que resalta una falta de previsión legal que se produce en los supuestos de denuncias cruzadas entre víctima y agresor. Sobre esto último la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado señala que “*la posibilidad de actuar en la doble condición de acusado y acusador ha sido puesta de manifiesto en el Acuerdo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1998, que admite, con carácter excepcional, la posibilidad de que una misma persona asuma la doble condición de acusador y acusado en un proceso en el que se enjuician acciones distintas enmarcadas en un*

³¹ ALHAMBRA PÉREZ, P., “Cuestiones de competencia objetiva...”, ob. cit., pág. 102.

mismo suceso, cuando, por su relación entre sí, el enjuiciamiento separado de cada una de las acciones que ostentan como acusados y perjudicados, produjese la división de la continencia de la causa, con riesgo de sentencias contradictorias, y siempre que así lo exija la salvaguarda del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva". Ello es coherente con la necesidad de no romper la continencia de la causa y de evitar la existencia de sentencias con distintos fallos.

Respecto las **competencias de los JVM en el orden civil**³² están recogidas en el art. 87 ter. 2 de la LOPJ:

- a. Los de filiación, maternidad y paternidad.*
- b. Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.*
- c. Los que versen sobre relaciones paterno filiales.*
- d. Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.*
- e. Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.*
- f. Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.*
- g. Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.*

Para que los JVM tengan competencia exclusiva y excluyente en el orden civil es necesario que se den simultáneamente los siguientes requisitos:

- a. Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto algunas de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.*
- b. Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.a del presente artículo.*

³² SANAHUJA, M., "Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer", en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 63 y ss.; ASECIO MELLADO, J. M., "La competencia civil de los Juzgados de Violencia frente a la mujer", en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 71 y ss.; TENA FRANCO, I., "Valoración de las competencias civiles de...", ob. cit., págs. 6 y ss.; GONZÁLEZ CANO, M. I., "La tutela judicial en la Ley Integral contra la violencia de género", en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 373 a 380.

- c. *Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.*
- d. *Que se hayan iniciado ante el JVM actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.*

Una de las cuestiones que me planteo sobre el Juez competente para conocer del procedimiento civil de algunas de las materias a que se refieren el art. 87 ter. 2 de la LOPJ es qué ocurre en los casos en los que el conocimiento del procedimiento penal esté atribuido a un órgano judicial, por ejemplo, la Audiencia Nacional, en los casos de delitos de violencia de género cometidos por españoles en el extranjero, que carece de sala civil y en principio de competencias civiles. La solución que más lógica se me ocurre es la de considerar al propio órgano que esté conociendo del procedimiento penal de la cuestión civil de forma análoga a lo que ocurre con los JVM que siendo Juzgados de Instrucción especializados asumen las competencias en los procedimientos civiles derivados de aquellos.

Respecto de la **pérdida de la competencia objetiva en materia civil** el art. 49 bis de la LECiv señala los siguientes supuestos:

“1. Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral.

2. Cuando un Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar

copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente.

3. Cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.

A los efectos del párrafo anterior, el requerimiento de inhibición se acompañará de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querella, o de la orden de protección adoptada.

4. En los casos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el Tribunal Civil remitirá los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer sin que sea de aplicación lo previsto en el artículo 48.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo las partes desde ese momento comparecer ante dicho órgano.

En estos supuestos no serán de aplicación las restantes normas de esta sección, ni se admitirá declinatoria, debiendo las partes que quieran hacer valer la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho Juzgado a las que se refiere el párrafo final del número anterior.

5. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ejercerán sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente, y en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

En los casos del art. 49 bis 1 de la LECiv, la Circular 4/2005 de la FGE señala que el JVM deberá conocer simultáneamente y paralelamente tanto del procedimiento penal como del civil.

Si el procedimiento penal ha concluido por sentencia condenatoria firme será competente para conocer del proceso civil el JVM. En el supuesto de que el procedimiento penal hubiere recaído sentencia absolutoria o hubiere sido sobreseído se plantean varios supuestos: La Circular 4/2005 de la FGE señala que “*si se ha dictado, sentencia absolutoria, se ha archivado porque no existen indicios racionales de la comisión del hecho o se ha sobreseído provisionalmente porque no está debidamente justificada la perpetración del delito o porque no hay motivos suficientes para acusar a quien es parte en el procedimiento civil, no cabrá la inhibición del pleito civil a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer...Si se hubiere sobreseído porque el denunciado no ha podido ser citado o se encuentra en rebeldía procederá la inhibición, si bien el*

procedimiento civil, a diferencia del penal, podrá continuar su tramitación en rebeldía del demandado... ”.

MARTÍNEZ DERQUI³³ entiende que el término “juicio oral” se está refiriendo al proceso civil y no al penal, y que una vez celebrado en el proceso civil la vista oral o la comparecencia para la ratificación del convenio de mutuo acuerdo, si se acordara la inhibición a favor del JVM, sólo se estaría perjudicando a la mujer, considerando como momento límite para acordar la inhibición al JVM el dictado de la providencia, citando a las partes al juicio oral. En idéntico sentido TENA FRANCO³⁴, quien advierte además que es el criterio que se ha seguido en la 1ª Guía del Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, en las Conclusiones de las Jornadas de Jueces de Violencia de Santander y en las Jornadas de Magistrados de Audiencias Provinciales especializadas.

En los casos en los que no se haya iniciado procedimiento penal ni exista orden de protección, pero el Juez tenga conocimiento en un procedimiento civil de la existencia de un hecho de violencia de género, deberá celebrar la comparecencia del art. 49 bis 2 de la LECiv a los efectos de que el Ministerio Fiscal pueda considerar la presentación de denuncia por los mismos o solicitar orden de protección ante el JVM competente que, según la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, podrá efectuarse ante el Juez del lugar de comisión de los hechos o el Juez de guardia más próximo si concurren razones de urgencia que así lo impongan.

Al respecto hay que preguntarse a qué Juez se refiere el art. 49 bis 2 al señalar: *“Cuando un Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección...”*.

¿Al Juez de Primera Instancia? ¿A la Audiencia Provincial? ¿Sería posible que un Juez de Paz pudiera convocar la comparecencia prevista si dentro de las pocas competencias civiles que le atribuye por ley³⁵ tuviera conocimiento de un hecho de

³³ MARTÍNEZ DERQUI, J., “Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010, pág. 3

³⁴ TENA FRANCO, I., “Valoración de las competencias civiles de...”, ob. cit., pág. 18 y ss.

³⁵ Según el art. 47 de la LECiv de 7 de enero de 2000 o por los arts. 460 y siguientes de la LECiv de 3 de febrero de 1881, que permanezcan en vigor, relativos al acto de conciliación.

violencia de género? Como observamos el precepto se refiere a “un Juez que esté conociendo de un procedimiento civil” sin especificar a cuál, por lo que entiendo que en principio no sería descartable. Efectivamente, aunque pudiéramos pensar como muy remota dicha posibilidad, así sucedió en el Juzgado de Paz de Villanueva del Pardillo (Madrid), en el seno de la demanda de conciliación nº 15/2014 se pretendía por la conciliante que su ex marido reconociera que la había amenazado vía telefónica. Ante dicha tesitura y la falta de medios materiales la Juez acordó, por auto de 10 de septiembre de 2014, la denegación de la conciliación, al tratarse de una materia que no es susceptible de transacción, y la remisión del testimonio de las actuaciones al Juzgado Decano de Madrid, para su reparto entre los de Instrucción que resulten competentes, por si los hechos pudieren ser constitutivos de infracción penal.

Para finalizar, cuando un JVM esté conociendo de un procedimiento penal y tenga noticia de la existencia de un procedimiento civil deberá requerir de inhibición al Juez de Primera Instancia que esté conociendo del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 49 bis 3 de la LECiv.

Respecto a la **competencia territorial** vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del art. 13 de la presente Ley que pudiera dictar el Juez del lugar de comisión de los hechos, según el art. 15 bis de la LECrim, adicionado por el art. 60 de la LIVG. El concepto de domicilio del que se debe partir entiendo que es el del art. 40 del Cc, sin que sea siquiera necesario que la mujer esté empadronada en dicho lugar, sino que es suficiente con que tenga cierta voluntad de continuidad. Así también se interpreta por la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado.

Se pueden plantear diversas dudas cuando los hechos se produzcan fuera del domicilio común o de la víctima, por ejemplo en el lugar de vacaciones, o cuando el domicilio de la víctima al tiempo de poner la denuncia es distinto del que tenía cuando se produjeron los hechos. Al respecto el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS, en reunión celebrada el día 31 de enero de 2006, interpretó que por domicilio de la víctima debía de entenderse el que tuviera al tiempo de producirse los hechos punibles, en cuanto que responde mejor al principio del juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio. Este criterio también coincide con lo expuesto por el Ministerio Fiscal en la Circular nº 4/2005, de la FGE.

El TS en la cuestión de competencia nº 20114/2011 suscitada entre el Juzgado Central de Instrucción nº 2 y el JVM nº 8, con ocasión de una denuncia formulada por malos tratos habituales ocurridos en Madrid, en Estados Unidos y nuevamente en Madrid, resolvió a favor de la competencia del JVM nº 8 de Madrid, mediante ATS de 19 de mayo de 2011³⁶, señalando que “...en los casos de coexistencia de varios lugares de residencia más o menos obligados por las circunstancias, debe darse primacía, por suponer el fuero que responde con más fidelidad a la finalidad que buscaba el legislador al introducir el art. 15 bis, a aquel lugar en que sucedieron los hechos primeros donde la víctima tenía su arraigo...”.

Desde mi punto de vista, y a pesar de la anterior resolución, no puedo mostrar más que mi discrepancia al entender que más que un asunto de competencia territorial nos encontramos con una cuestión de competencia objetiva, que rige preferentemente a la territorial, y que en virtud de lo dispuesto en los arts. 23.2 y 65.1º apartado e) de la LOPJ, 14.2, 14.5.a) y b) y 17.5 de la LECrim³⁷, habría que atribuir el conocimiento de

³⁶ Resolviendo el recurso nº 20114/2011, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2011/103755.

³⁷ El art. 23.2 LOPJ señala que: “Así mismo conocerá (referido a la jurisdicción española en el orden penal) de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización Internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

El art. 65.1 apartado e) recoge que: “La Sala de lo Penal de la AN conocerá de los delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las Leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles. En todo caso, la Sala de lo Penal de la AN extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriores señalados”.

El art. 14.2 de la LECrim señala que: “Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a jueces y Tribunales determinados, serán competentes...Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine”.

El art. 14.5 a) y b) recoge las competencias de los JVM sin que en los mismos figure el conocimiento de hechos de violencia de género cometidos por españoles en el extranjero.

los hechos al Juzgado Central de Instrucción, siendo congruente con el hecho de que el JVM no podría conocer de hechos cometidos por españoles en el extranjero puesto que esa competencia no le ha sido atribuida ni por la LOPJ, ni por la LECrim, ni por la LECiv (como norma supletoria), ni por ninguna otra ley.

Siendo la jurisdicción la *“potestad conferida con carácter exclusivo a los Juzgados y Tribunales para resolver los conflictos intersubjetivos, a través del cauce del proceso, mediante la aplicación del ordenamiento jurídico, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”*, el art. 117.3 CE establece que *“el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”*. En idéntico sentido, el art. 2 de la LOPJ establece que: *“el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales”*.

En atención a lo anterior definiendo que, a los efectos de determinar cuál es el órgano judicial competente para conocer de un asunto, hay que acudir primero a la competencia objetiva y no a la territorial, por lo que considero que el TS debió haber resuelto a favor de atribuir la competencia al Juzgado Central de Instrucción nº 2.

En relación a la **competencia por conexión**³⁸, se adiciona un nuevo art. 17 bis recogido en el art. 60 de la LIVG, que señala que: *“La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3º y 4º del artículo 17 de la presente Ley”*.

Al respecto GÓMEZ COLOMER³⁹ hace una reflexión indicando que dicha conexidad sólo puede ser admisible en los supuestos de comisión mediata (“delitos cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución”), o en la comisión

Según el art. 17.5 de la LECrim se consideran delitos conexos: *“Los diversos delitos que se imputan a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces enjuiciados”*.

³⁸ LUACES GUTIÉRREZ, A. I., “Cuestiones controvertidas en torno a...”, ob. cit., págs. 384 y 385.

³⁹ GÓMEZ COLOMER, J.L., “El Juzgado de Violencia sobre la Mujer”, en *Violencia de Género y Proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 16 y 17.

para impunidad (“delitos cometidos para procurar la impunidad de otros delitos”), según el tenor literal del art. 17.3º y 4º LECrim, resaltando en ambos casos que nos encontramos con supuestos de reiteración delictiva en los que debe determinarse uno o varios delitos principales relacionados con la violencia de género, y uno o varios delitos instrumentales de los anteriores, es decir, preordenados, bien a la facilitación o a servir de medio para la comisión de los primeros, bien a lograr que dicha comisión quede impune. Yo resaltaría que lo fundamental viene dado por el hecho de la especial relación que debe existir entre el sujeto activo y pasivo para que los JVM puedan asumir los mismos y que para que se pueda conocer de un delito conexo habrá que tener en cuenta si se rompe o no la continencia de la causa, resultando competentes en todo caso los JVM cuando, además de haberse cometido por el agresor un hecho propio de violencia de género, haya cometido otro u otros respecto de los cuales el fallo de los mismos se haga depender del hecho propio de violencia de género.

3.1.1 Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer como Juzgados de Guardia. Especialidades en relación a los juicios rápidos

La LIVG adiciona, con su art. 54, un nuevo art. 797 bis a la LECrim para la tramitación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de los delitos relacionados con la violencia de género cuando el JVM se encuentre en funciones de guardia⁴⁰, con el contenido siguiente:

“1. En el supuesto de que la competencia corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, las diligencias y resoluciones señaladas en los artículos anteriores deberán ser practicadas y adoptadas durante las horas de audiencia.

2. La Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere el artículo 796, ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en el día hábil más próximo, entre aquéllos que se fijen reglamentariamente.

⁴⁰ MAGRO SERVET, V., “El Juzgado competente para conocer de la violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, págs. 249 y ss.; BOMBÍN PALOMAR, V., “Problemas penales (procesales y sustantivos)...”, ob. cit., págs. 60 y ss.; LUACES GUTIÉRREZ, A. I., “Cuestiones controvertidas en torno a la competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 379 y ss.; SERRANO MASIP, M., “La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos de violencia de género a través del juicio rápido”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 371 y ss.

No obstante, el detenido, si lo hubiere, habrá de ser puesto a disposición del Juzgado de Instrucción de Guardia, a los solos efectos de regularizar su situación personal, cuando no sea posible la presentación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.

3. Para la realización de las citaciones antes referidas, la Policía Judicial fijará el día y hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. A estos efectos el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos para asegurar esta coordinación”.

Hay que recordar que el Título III del Libro IV de la LECrim, dedicado al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, resulta también de aplicación para la instrucción de estos delitos, con las especialidades señaladas en el art. 797 bis de la LECrim. Ello implica que sólo podrán ser tramitados, por esta vía, los delitos o faltas castigados con una pena privativa de libertad que no exceda de cinco años o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía. Además de la pena hay que tener en cuenta que sólo conocerán los JVM en funciones de guardia cuando se trate de delitos relacionados con violencia de género y cuya instrucción se presuma sencilla, según las previsiones del art. 795.1.3ª de la LECrim.

Según señala SANCHO CASAJÚS⁴¹ el juicio rápido es un verdadero proceso especial, ya que se exige una serie de requisitos especiales para su incoación y solo se aplica a determinados delitos. Además, se incoa durante el servicio de guardia por el JVM de guardia con carácter preceptivo si se dan los presupuestos procesales marcados por la LECrim y le serán de aplicación los artículos de la misma que regulan el procedimiento abreviado con carácter supletorio.

Al conocer solamente de hechos delictivos cuya pena privativa de libertad no excede de cinco años, ello determina que el enjuiciamiento de los mismos recaerá sobre los Juzgados de lo Penal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.3 de la LECrim. En el caso de que se trate de delitos cuya pena exceda de cinco años, la competencia para el enjuiciamiento de los mismos recaerá sobre la Audiencia Provincial. No obstante, en los supuestos de competencia del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal del Juzgado, el conocimiento y

⁴¹ SANCHO CASAJÚS, C., “La violencia doméstica y de género en...”, ob. cit., pág. 370.

fallo corresponderá a éste, y la misma salvedad hay que efectuar, cuando por razones de competencia objetiva corresponda la instrucción a los Juzgados Centrales de Instrucción y el enjuiciamiento y fallo a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Todos estos casos no podrán instruirse por los trámites del juicio rápido.

Como ya he señalado, el art. 795 de la LECrim prevé los juicios rápidos para el caso de que se haya producido un hecho punible cuya instrucción sea presumiblemente sencilla. Como bien advierte MUERZA ESPARZA⁴², tratándose de los delitos previstos en el art. 173.2 del CP, no parece que la tramitación del juicio rápido sea la más idónea para alcanzar la tutela solicitada, pues en muchas ocasiones la instrucción de los mismos no es siempre sencilla, al requerir de diligencias cuya práctica se realiza más allá del período de tiempo al que se refiere el art. 799 de la LECrim⁴³.

En ningún caso se podrá acordar la suspensión del juicio rápido para la práctica de dichas diligencias y su continuación más allá del límite de tiempo previsto en el artículo citado, ni tampoco transformar el procedimiento en diligencias previas para la práctica de las mismas, y luego convertirlo nuevamente en diligencias urgentes so pretexto de agilizar las actuaciones, pues ello implicaría un uso inadecuado de las normas procesales, como así lo ha señalado la AP de Madrid, Secc. 26, en el auto nº 2330/09, de 4 de noviembre de 2009, resolviendo el recurso de queja nº 31/09⁴⁴, indicando que: “...no es asumible la tesis del Juez a quo al considerar que cualquier Juez puede transformar diligencias previas en diligencias urgentes en cualquier momento procesal y bajo los argumentos de la rapidez y la no conculcación de los derechos del imputado, porque el juicio rápido viene ya incoado en el atestado policial y sólo está permitido dicha transformación por el Juez de Instrucción o por el Juez de

⁴² MUERZA ESPARZA, J., “Los denominados juicios rápidos”, *Revista Poder Judicial*, número especial XIX, 2006, pág. 398.

⁴³ Por ejemplo, la práctica de informes periciales cuya realización va más allá del servicio de guardia o del período adicional que prevé dicho precepto al señalar que: “1. Las diligencias y resoluciones señaladas en los artículos anteriores deberán ser practicadas y adoptadas durante el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción.

2. No obstante lo dispuesto, en aquellos partidos judiciales en que el servicio de guardia no sea permanente y tenga una duración superior a veinticuatro horas, el plazo establecido en el apartado anterior podrá prorrogarse por el juez por un período adicional de setenta y dos horas en aquellas actuaciones en las que el atestado se hubiere recibido dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la finalización del servicio de guardia”.

⁴⁴ Ponente Polo García, S., EDJ 2009/313008.

Violencia sobre la Mujer a petición del imputado, siempre antes de dictar auto de continuación del procedimiento abreviado y cuando el imputado prestara su conformidad, todo ello para no perjudicar al mismo...las citadas normas son indisponibles y no admiten interpretaciones “ad hoc” para el caso concreto...”.

En cuanto a la **actuación de la Policía Judicial**⁴⁵ en delitos relacionados con la violencia de género, el art. 796 de la LECrim⁴⁶ contiene las diligencias que aquélla debe

⁴⁵ LUACES GUTIÉRREZ, A. I., “Cuestiones controvertidas en torno a...”, ob. cit., págs. 379 y ss.; DÍAZ SERRANO, C. J., “La actuación policial en los delitos de violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 387 y ss.

⁴⁶ Según el mismo: “1. Sin perjuicio de cuanto se establece en el título III del libro II y de las previsiones del capítulo II del título II de este libro, la Policía Judicial deberá practicar en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, las siguientes diligencias:

1ª. Sin perjuicio de recabar los auxilios a que se refiere el ordinal 1º del art. 770, solicitará del facultativo o del personal sanitario que atienda al ofendido copia del informe relativo a la asistencia prestada para su unión al atestado policial. Asimismo, solicitará la presencia del médico forense cuando la persona que tuviere que ser reconocida no pudiera desplazarse al Juzgado de guardia dentro del plazo previsto en el artículo 799.

2ª. Informará a la persona a la que se atribuya el hecho, aun en el caso de no proceder a su detención, del derecho que le asiste de comparecer ante el Juzgado de guardia asistido de abogado. Si el interesado no manifestare expresamente su voluntad de comparecer asistido de abogado, la Policía Judicial recabará del Colegio de Abogados la designación de un letrado de oficio.

3ª. Citará a la persona que resulte denunciada en el atestado policial para comparecer en el Juzgado de guardia en el día y hora que se le señale, cuando no se haya procedido a su detención. El citado será apercibido de las consecuencias de no comparecer a la citación policial ante el Juzgado de Guardia.

4ª. Citará también a los testigos para que comparezcan en el Juzgado de guardia en el día y hora que se les indique, apercibiéndoles de las consecuencias de no comparecer a la citación policial en el Juzgado de guardia. No será necesaria la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo.

5ª. Citará para el mismo día y hora a las entidades a que se refiere el art. 117 del Código Penal, en el caso de que conste su identidad.

6ª. Remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. Estas entidades procederán de inmediato al análisis solicitado y remitirán el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora en que se hayan citado a las personas indicadas en las reglas anteriores. Si no fuera posible la remisión del análisis en dicho plazo, la Policía Judicial podrá practicar por sí misma dicho análisis, sin perjuicio del debido control judicial del mismo.

7ª. La práctica de las pruebas de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial.

Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores serán realizadas por agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica y sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de seguridad vial. Cuando el test iniciatorio salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.

practicar en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención especificando, entre otras, la necesidad de recabar el informe relacionado con la asistencia médica recibida por la víctima para su unión al atestado o la presencia del médico forense cuando la misma no pueda desplazarse al Juzgado de Guardia en el plazo del art. 799 de la LECrim, informar al denunciado del derecho a comparecer ante el Juzgado de Guardia asistido de abogado y, en su caso, recabar del Colegio de Abogados la designación de uno de oficio para que le asista, citar al denunciado y a los testigos para que acudan el día y hora señalados al JVM que se encuentre de guardia, con los apercibimientos oportunos, y hacerlo de forma coordinada con éste.

Hay que recordar que el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 17 de julio de 2008 llevó a cabo una modificación en el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, relativo a los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, que afectó entre otros, al art. 49.1⁴⁷

Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas. Cuando se practicaren estas pruebas, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores.

8ª. Si no fuera posible la remisión al Juzgado de guardia de algún objeto que debiera ser tasado, se solicitará inmediatamente la presencia del perito o servicio correspondiente para que lo examine y emita informe pericial. Este informe podrá ser emitido oralmente ante el Juzgado de guardia.

2. Para la realización de las citaciones a que se refiere el apartado anterior, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de guardia. A estos efectos, el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos para la ordenación de los servicios de guardia de los Juzgados de Instrucción en relación con la práctica de estas citaciones, coordinadamente con la Policía Judicial.

3. Si la urgencia lo requiriere, las citaciones podrán hacerse por cualquier medio de comunicación, incluso verbalmente, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido en la pertinente acta.

4. A los efectos de la aplicación del procedimiento regulado en este título, cuando la Policía Judicial tuviera conocimiento de la comisión de un hecho incardinable en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 795, respecto del cual, no habiendo sido detenido ni localizado el presunto responsable, fuera no obstante previsible su rápida identificación y localización, continuará las investigaciones iniciadas, que se harán constar en un único atestado, el cual se remitirá al juzgado de guardia tan pronto como el presunto responsable sea detenido o citado de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores, y en cualquier caso, dentro de los cinco días siguientes. En estos casos la instrucción de la causa corresponderá en exclusiva al juzgado de guardia que haya recibido el atestado.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de dar conocimiento inmediatamente al juez de guardia y al Ministerio Fiscal de la comisión del hecho y de la continuación de las investigaciones para su debida constancia”.

⁴⁷ En el mismo se recoge lo siguiente: “Artículo 49. 1. De la coordinación entre los Juzgados de guardia, Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la Policía Judicial en la realización de las citaciones.

A los efectos de lo establecido en los artículos 796, 797 bis y 962 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la asignación de espacios temporales para aquellas citaciones que la Policía Judicial realice ante los

que recoge una serie de medidas que articulan la coordinación entre los JVM y la Policía Judicial en materia de citaciones.

Una vez realizadas las diligencias de investigación necesarias por la Policía Judicial se procede a la remisión del atestado al Juzgado de Guardia, en los términos señalados en el art. 797 de la LECrim⁴⁸ para la práctica, a su vez, de una serie de

distintos Juzgados de guardia y ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer donde no esté establecido un servicio de guardia propio, se realizará a través de una Agenda Programada de Citaciones (APC), que detallará franjas horarias disponibles en dichos Juzgados para esta finalidad. Tratándose de Juzgados de Violencia sobre la Mujer en aquellas demarcaciones donde no presten servicio de guardia, las franjas horarias que se reserven comprenderán únicamente los días laborables y las horas de audiencia; las citaciones se señalarán para el día hábil más próximo, y si éste no tuviere horas disponibles, el señalamiento se hará para el siguiente día hábil más próximo.

Las asignaciones de hora para citaciones deben tener en cuenta los siguientes criterios:

I. Si hubiera más de un servicio de guardia o más de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer en la circunscripción para instrucción de Diligencias Urgentes, las citaciones se realizarán al respectivo servicio de guardia o Juzgado de Violencia sobre la Mujer que corresponda con arreglo a las normas de reparto existentes, así como a los acuerdos adoptados en el seno de la Comisión Provincial de Coordinación de la Policía Judicial.

II. Tendrán preferencia en la asignación de espacios horarios preestablecidos los testigos extranjeros y nacionales desplazados temporalmente fuera de su localidad, a los efectos de facilitar la práctica de prueba preconstituída, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

⁴⁸ Dicho precepto especifica que: “1. El juzgado de guardia, tras recibir el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y pruebas que, en su caso, lo acompañen, incoará, si procede, diligencias urgentes. Contra este auto no cabrá recurso alguno. Sin perjuicio de las demás funciones que tiene encomendadas, practicará, cuando resulten pertinentes, las siguientes diligencias, en el orden que considere más conveniente o aconsejen las circunstancias, con la participación activa del Ministerio Fiscal:

1ª. Recabará por el medio más rápido los antecedentes penales del detenido o persona imputada.

2ª. Si fuere necesario para la calificación jurídica de los hechos imputados:

a) Recabará, de no haberlos recibido, los informes periciales solicitados por la Policía Judicial.

b) Ordenará, cuando resulte pertinente y proporcionado, que el médico forense, si no lo hubiese hecho con anterioridad, examine a las personas que hayan comparecido a presencia judicial y emita el correspondiente informe pericial.

c) Ordenará la práctica por un perito de la tasación de bienes u objetos aprehendidos o intervenidos y puestos a disposición judicial, si no se hubiese hecho con anterioridad.

3ª. Tomará declaración al detenido puesto a disposición judicial o a la persona que, resultando imputada por los términos del atestado, haya comparecido a la citación policial, en los términos previstos en el artículo 775. Ante la falta de comparecencia del imputado a la citación policial ante el Juzgado de guardia, podrá éste aplicar lo previsto en el artículo 487.

4ª. Tomará declaración a los testigos citados por la Policía Judicial que hayan comparecido. Ante la falta de comparecencia de cualquier testigo a la citación policial ante el Juzgado de guardia, podrá éste aplicar lo previsto en el artículo 420.

5ª. Llevará a cabo, en su caso, las informaciones previstas en el artículo 776.

diligencias urgentes, con la participación activa del Ministerio Fiscal, entre las que se prevé recabar los antecedentes penales del detenido o imputado, ordenar el examen de la víctima por parte del Médico Forense, tomar declaración al detenido puesto a disposición judicial o al denunciado que haya comparecido a la citación policial, en caso de no estarlo, tomar declaración a los testigos citados por la Policía Judicial y cualquier otra que considere pertinente.

A continuación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 798 de la LECrim⁴⁹, se celebra una comparecencia, que podrá simultanearse con la comparecencia de la

6ª. Practicará el reconocimiento en rueda del imputado, de resultar pertinente y haber comparecido el testigo.

7ª. Ordenará, de considerarlo necesario, el careo entre testigos, entre testigos e imputados o imputados entre sí.

8ª. Ordenará la citación, incluso verbal, de las personas que considere necesario que comparezcan ante él. A estos efectos no procederá la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuya declaración obre en el mismo, salvo que, excepcionalmente y mediante resolución motivada, considere imprescindible su nueva declaración antes de adoptar alguna de las resoluciones previstas en el artículo siguiente.

9ª. Ordenará la práctica de cualquier diligencia pertinente que pueda llevarse a cabo en el acto o dentro del plazo establecido en el artículo 799.

2. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de guardia practicará inmediatamente la misma asegurando, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes.

Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730.

3. El Abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido en todas las actuaciones que se verifiquen ante el Juez de guardia.

Para garantizar el ejercicio del derecho de defensa, el Juez, una vez incoadas diligencias urgentes, dispondrá que se le dé traslado de copia del atestado y de cuantas actuaciones se hayan realizado o se realicen en el Juzgado de Guardia”.

⁴⁹ Según el mismo, “1. A continuación, el Juez oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal sobre cuál de las resoluciones previstas en el apartado siguiente procede adoptar. Además, las partes acusadoras y el Ministerio Fiscal podrán solicitar cualesquiera medidas cautelares frente al imputado o, en su caso, frente al responsable civil, sin perjuicio de las que se hayan podido adoptar anteriormente.

2. El Juez de guardia dictará resolución con alguno de estos contenidos:

1º. En el caso de que considere suficientes las diligencias practicadas, dictará auto en forma oral, que deberá documentarse y no será susceptible de recurso alguno, ordenando seguir el procedimiento del capítulo siguiente, salvo que estime procedente alguna de las decisiones previstas en las reglas 1.ª y 3.ª del apartado 1 del artículo 779, en cuyo caso dictará el correspondiente auto. Si el juez de guardia

orden de protección del art. 544 ter, en la que tanto el Ministerio Fiscal como las partes, a la vista de las diligencias practicadas hasta ese momento, se deben manifestar: a) si las diligencias practicadas hasta ese momento se consideran suficientes para formular una acusación contra el denunciado y debe proceder continuar por los trámites del juicio rápido. De acordarlo así el Juez dictará auto no susceptible de recurso alguno; b) si por el contrario, consideran que las diligencias practicadas hasta ese momento son insuficientes, señalando las que deben practicarse e interesando la transformación del procedimiento en diligencias previas del procedimiento abreviado. En este caso el Juez deberá resolver por medio de auto sobre las diligencias cuya práctica es necesaria para concluir la instrucción de la causa o las causas que lo imposibilitan. A tal efecto se dice en la Circular nº 1/2003, de 10 de abril de la FGE que: *“...Está fuera de dudas que la decisión sobre la pertinencia de cualquiera de los medios de prueba o actos de investigación que pueda instar el Fiscal, ha de incumbir al Juez, pues en eso consiste precisamente la garantía jurisdiccional durante la fase de investigación. Sin embargo, sería deseable proporcionar un tratamiento diferenciado entre lo que podría considerarse el juicio de pertinencia y el juicio de suficiencia. El acopio de los elementos precisos para fundar la acusación por un delito determinado nada tiene que ver con el debate acerca de la procedencia o improcedencia de un concreto acto procesal de investigación. Al órgano jurisdiccional incumbe evitar cualquier petición de diligencias que resulten innecesarias, inútiles o impertinentes. Pero se corre el riesgo de que, queriéndose evitar -en aras a la celeridad- lo improcedente, se obligue al Fiscal a defender lo insuficiente...”*. Contra el auto que acuerde la transformación del procedimiento en diligencias previas del procedimiento abreviado cabe recurso de reforma y/o de apelación en los términos del art. 766 de la LECrim.

reputa falta el hecho que hubiera dado lugar a la formación de las diligencias, procederá a su enjuiciamiento inmediato conforme a lo previsto en el artículo 963.

2º. En el caso de que considere insuficientes las diligencias practicadas, ordenará que el procedimiento continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado. El Juez deberá señalar motivadamente cuáles son las diligencias cuya práctica resulta necesaria para concluir la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible.

3. Cuando el Juez de guardia dicte el auto acordando alguna de las decisiones previas en los tres primeros ordinales del apartado 1 del artículo 779, en el mismo acordará lo que proceda sobre la adopción de medidas cautelares frente al imputado y, en su caso, frente al responsable civil. Frente al pronunciamiento del Juez sobre medidas cautelares, cabrán los recursos previstos en el artículo 766. Cuando el Juez de guardia dicte auto en forma oral ordenando la continuación del procedimiento, sobre la adopción de medidas cautelares se estará a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 800.

4. Asimismo, ordenará, si procede, la devolución de objetos intervenidos”.

Además de lo anterior, el Ministerio Fiscal y el resto de partes personadas serán oídos a los efectos de que se pronuncien sobre la situación personal del detenido, que sea puesto a disposición judicial⁵⁰, y podrán solicitar la adopción de cualesquiera medida cautelar frente al mismo, al amparo del art. 798 LECrim.

Es posible también que el Juez en este momento procesal adopte alguna de las decisiones previstas en los tres primeros ordinales del apartado 1º del art. 779.1 de la LECrim⁵¹, en cuyo caso, lo hará por medio de auto que será susceptible de recurso de reforma y/o de apelación.

A continuación, si el Juez, a la vista de las manifestaciones realizadas por el Ministerio Fiscal y por las partes, considera suficientes las diligencias practicas y no ha apreciado de oficio lo dispuesto en los tres primeros ordinales del apartado 1º del art. 779 de la LECrim, dictará auto en los términos del art. 800 de la LECrim⁵², acordando

⁵⁰ ALHAMBRA PÉREZ, P., “Cuestiones de competencia, competencia objetiva...”, ob. cit., pág. 114; VERDEJO TORRALBA, F., “Juicios rápidos, orden de protección, medidas cautelares”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2009, pág. 10.

⁵¹ En los cuales se indica que: “1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones:

1ª Si estimare que el hecho no es susceptible de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo.

2ª Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento.

3ª Si el hecho estuviere atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los imputados fuesen menores de edad penal, se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”.

⁵² En el que se recoge que: “1. Cuando el Juez de guardia hubiere acordado continuar este procedimiento, en el mismo acto oír al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronuncien sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y para que, en su caso, soliciten o se ratifiquen en lo solicitado respecto de la adopción de medidas cautelares. En todo caso, si el Ministerio Fiscal y el acusador particular, si lo hubiera, solicitaren el sobreseimiento, el Juez procederá conforme a lo previsto en el artículo 782. Cuando el Ministerio Fiscal o la acusación particular soliciten la apertura del juicio oral, el Juez de guardia procederá conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 783, resolviendo mediante auto lo que proceda. Cuando se acuerde la apertura del juicio oral, dictará en forma oral auto motivado, que deberá documentarse y no será susceptible de recurso alguno.

2. Abierto el juicio oral, si no se hubiere constituido acusación particular, el Ministerio Fiscal presentará de inmediato su escrito de acusación, o formulará ésta oralmente. El acusado, a la vista de la acusación formulada, podrá en el mismo acto prestar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente. En otro caso, presentará inmediatamente su escrito de defensa o formulará ésta

la continuación por los trámites del juicio rápido, en cuyo caso las partes podrán solicitar motivadamente el sobreseimiento de las actuaciones o la apertura de juicio oral. Si el Ministerio Fiscal y la acusación particular, de estar personada, solicitan el sobreseimiento de las actuaciones, el Juez procederá como prevé el art. 782.

Según SANCHO CASAJÚS⁵³ si el Ministerio Fiscal (y las acusaciones particulares) solicitan el sobreseimiento de la causa, el Juez lo debe acordar por aplicación del principio acusatorio aunque, no obstante, si no estuviera conforme con dicha solicitud, puede acudir al Fiscal Jefe indicándole que no ve procedente el

oralmente, procediendo entonces el Secretario del Juzgado de Guardia sin más trámites a la citación de las partes para la celebración del juicio oral.

Si el acusado solicitara la concesión de un plazo para la presentación de escrito de defensa, el Juez fijará prudencialmente el mismo dentro de los cinco días siguientes, atendidas las circunstancias del hecho imputado y los restantes datos que se hayan puesto de manifiesto en la investigación, procediendo en el acto el Secretario judicial a la citación de las partes para la celebración del juicio oral y al emplazamiento del acusado y, en su caso, del responsable civil para que presenten sus escritos ante el órgano competente para el enjuiciamiento.

3. El Secretario del Juzgado de Guardia hará el señalamiento para la celebración del juicio oral en la fecha más próxima posible y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes, en los días y horas predeterminados a tal fin en los órganos judiciales enjuiciadores y ajustándose a lo prevenido en el artículo 785.2 de la presente Ley. A estos efectos, el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos para la ordenación, coordinadamente con el Ministerio Fiscal, de los señalamientos de juicios orales que realicen los Juzgados de guardia ante los Juzgados de lo Penal.

También se acordará la práctica de las citaciones propuestas por el Ministerio Fiscal, llevando a cabo en el acto el Secretario judicial las que sean posibles, sin perjuicio de la decisión que sobre la admisión de pruebas adopte el órgano enjuiciador.

4. Si se hubiere constituido acusación particular que hubiere solicitado la apertura del juicio oral y así lo hubiere acordado el Juez de guardia, éste emplazará en el acto a aquélla y al Ministerio Fiscal para que presenten sus escritos dentro de un plazo improrrogable y no superior a dos días. Presentados dichos escritos ante el mismo Juzgado, procederá éste de inmediato conforme a lo dispuesto en el apartado 2.

5. Si el Ministerio Fiscal no presentare su escrito de acusación en el momento establecido en el apartado 2 o en el plazo establecido en el apartado 4, respectivamente, el Juez, sin perjuicio de emplazar en todo caso a los directamente ofendidos y perjudicados conocidos, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 782, requerirá inmediatamente al superior jerárquico del Fiscal para que, en el plazo de dos días, presente el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito en plazo, se entenderá que no pide la apertura de juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.

6. Una vez recibido el escrito de defensa o precluido el plazo para su presentación, el órgano enjuiciador procederá conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 785, salvo en lo previsto para el señalamiento y las citaciones que ya se hubieran practicado.

7. En todo caso, las partes podrán solicitar al Juzgado de guardia, que así lo acordará, la citación de testigos o peritos que tengan la intención de proponer para el acto del juicio, sin perjuicio de la decisión que sobre la admisión de pruebas adopte el órgano enjuiciador”.

⁵³ SANCHO CASAJÚS, C., “La violencia doméstica y de género en...”, ob. cit., pág. 375.

sobreseimiento solicitado por el Fiscal, por si ve oportuno rectificar el criterio del mismo o, puede acudir a los perjudicados u ofendidos no personados dándoles un plazo de 15 días para que se personen y formulen acusación. Sigue señalando el citado autor que si, el Fiscal o la acusación particular solicitan la apertura de juicio oral, el Juez normalmente lo acordará y contra esa decisión (auto) no cabe recurso alguno. Excepcionalmente, indica el mismo, que el juez podría acordar el sobreseimiento de la causa de juicios rápidos en esta fase del procedimiento frente a la petición de apertura del juicio oral por el fiscal si estimare que el hecho no es constitutivo de delito o que no hay indicios suficientes de criminalidad contra el imputado. Contra dicha resolución admite que cabe recurso de reforma y/o apelación.

En términos similares se pronuncia también MUERZA ESPARZA⁵⁴ para quien si la parte acusadora (ya sea el Ministerio Fiscal o éste y la acusación particular) solicita el sobreseimiento de la causa, se aplicarán las normas del procedimiento abreviado, art. 782, según lo dispuesto en el art. 800. Si la parte acusadora (Ministerio Fiscal o acusador particular), por el contrario, solicita la apertura del juicio oral, el Juez acordará mediante auto lo que proceda en los términos previstos también en la regulación del procedimiento abreviado, art. 783.2, teniendo en cuenta que si ordena la apertura de juicio oral lo hará en forma de auto oral, que no será susceptible de recurso alguno, según el art. 800-1 LECrim.

Tras la apertura de juicio oral, el Ministerio Fiscal presentará su escrito de acusación en el acto o formulará éste oralmente. Aunque el art. 800 de la LECrim admite en su punto 4º que para el caso en que exista acusación particular, se les otorga un plazo improrrogable y no superior a dos días para presentarlos, en la práctica muy rara vez se procede de esta forma, pues lo normal es que tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular presenten sus escritos calificando los hechos en ese momento.

Es posible que el Juez acuerde la apertura de juicio oral sólo a instancia del Ministerio Fiscal o del acusador particular, en cuyo caso, requerirá nuevamente al que hubiere solicitado el sobreseimiento para que presente su escrito de acusación, en los términos del art. 783.1.

⁵⁴ MUERZA ESPARZA, J. J., “Los denominados juicios...”, ob. cit., pág. 408.

La ley permite que el acusado muestre conformidad⁵⁵ con la acusación presentada en los términos del art. 801 de la LECrim, es decir, que los hechos objeto de la acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía, o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años y que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas, no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

En este caso el JVM procederá, según el art. 801, y previo control de la conformidad prestada en los términos del art. 787, al dictado de sentencia en dichos términos en la que se impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Si el Fiscal y el resto de las partes personadas manifiestan su intención de no recurrir, el Juez declarará la firmeza de la sentencia y, en caso de que la pena impuesta sea privativa de libertad, deberá pronunciarse sobre la suspensión y sustitución de la pena, sobre la puesta en libertad o ingreso en prisión y realizará los requerimientos que ello implique, remitiéndose por el Secretario Judicial las actuaciones al Juzgado de lo Penal que corresponda para que se encargue de su ejecución.

En el caso de que el acusado no muestre conformidad con el escrito de calificación más grave presentado por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, presentará inmediatamente su escrito de defensa, formulará ésta oralmente o solicitará un plazo para su presentación, fijándose prudencialmente por el Juez dentro de los cinco días siguientes y a continuación, el Secretario Judicial citará a las partes para la celebración del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal y realizará el emplazamiento del acusado (art. 800.2 párrafo 2º). El señalamiento se realizará en la fecha más próxima posible y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes.

⁵⁵ CACHÓN CADENAS, M., “Los juicios rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág. 46.

3.2 La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género. La orden de protección

La necesidad de contar con la víctima⁵⁶ y no considerarla como mero instrumento transmisor de información conllevó históricamente a la necesidad de otorgarle la debida protección en el ámbito del proceso a los efectos de evitar las distintas victimizaciones sufridas por la misma. Si a lo anterior unimos el carácter íntimo en el que los delitos de violencia de género se cometen, es más que comprensible que el ordenamiento jurídico haya previsto la existencia de medidas concretas de protección a las víctimas de la violencia de género.

⁵⁶ De hecho, se convirtió en fuente de inspiración en obras de autores tales como VON HENTING, H., *The Criminal and his victim*, Archon Books, 1948 o MENDELSON, B., “The Origin of the Doctrine of Victimology”, *Excerpta Criminologica*, nº 3, 1963; LARRAURI PIJOÁN, E., “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 157 y ss., DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “La nueva política criminal española”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, págs. 17 y 18; BLANCO LOZANO, C., “Fundamentos de la ciencia penal”, *Tratado de política criminal, Tomo I. Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito*, Bosch Editor, 2006, págs. 74 y 75; MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 08-02, 2006, págs. 9 y ss. y MAQUEDA ABREU, M. L., “1989-2009: Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M. (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010, págs. 12 y ss.; COBO PLANA, J. A., “La prueba interdisciplinar de la violencia doméstica: un punto de vista médico-forense”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 217 y ss.; CATALINA BENAVENTE, M. A., “¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal?”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M. (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010, págs. 279 y ss.; FERREIRO BAAMONDE, X., “La tutela de la víctima de violencia de género: la seguridad como objetivo del proceso penal”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M. (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010, págs. 239 y ss.; RUANO RODRÍGUEZ, L., “La protección de las víctimas de violencia de género...”, ob. cit., págs. 434 y ss.; FERRER GARCÍA, A., “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley Integral”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, págs. 281 y ss.; MOLINA CABALLERO, M. J., “Reflexiones acerca del estatus de la víctima en los procesos sobre violencia de género”, en LAURENZO COPELLO, P., (coord.), *La violencia de género en la ley: Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 177 y ss.; DE TORRES PORRAS, F., “Víctima y proceso...”, ob. cit., págs. 247 y ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, A., “La intervención psicosocial con las víctimas de violencia de género”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 435 y ss.; MARTÍNEZ DERQUI, J., “La valoración del riesgo de las víctimas de violencia de género. Análisis de la situación actual. Medidas de Protección”, *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 2009; KAHALE CARRILLO, D. T., *El derecho de asilo frente a...*, ob. cit., págs. 115 y ss.;

La Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio⁵⁷ señala que *“La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos...Resulta imprescindible por ello arbitrar nuevos y más eficaces instrumentos jurídicos que atajen desde el inicio cualquier conducta que en el futuro pueda degenerar en hechos aún más graves”*.

ARAGONESES MARTÍNEZ⁵⁸ distingue por orden cronológico las siguientes medidas para otorgar protección a las víctimas: a) las previstas para la víctima-testigo de cualquier clase de delito (LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales); b) el establecimiento de la orden de alejamiento para las víctimas a las que se refiere el art. 57 del CP (art. 544 bis de la LECrim, introducido por la LO 14/1999, de 9 de junio, y modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre); c) la orden de protección (art. 544 ter de la LECrim, introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio y modificada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre y Ley 13/2009, de 3 de noviembre); d) reforma de la prisión provisional entre cuyos fines figura la de proteger a las víctimas de la violencia doméstica (LO 15/2003, de 25 de noviembre) y e) el conjunto de medidas de protección integral contra la violencia de género a que se refiere la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

CALVO GARCÍA⁵⁹, aunque valora positivamente todas las reformas legales efectuadas al efecto, entiende que siguen faltando muchos más recursos y más medios en lo que atañe a la protección efectiva y real de las víctimas, pues considera necesario crear una estructura de implementación operativa dotada de recursos humanos y materiales suficientes, desarrollar mecanismos de control positivo y promover la evaluación continua de los procesos desarrollados y los objetivos alcanzados.

⁵⁷ Que introduce la orden de protección añadiendo el art. 544 ter de la LECrim.

⁵⁸ ARAGONESES MARTÍNEZ, S., “Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pág. 167.

⁵⁹ CALVO GARCÍA, M., “La violencia de género ante la Administración de Justicia...”, ob. cit., págs. 96 y ss.

Como pone de manifiesto DELGADO MARTÍN⁶⁰ en una parte importante de supuestos, la víctima no puede esperar a que recaiga sentencia firme que condene al agresor a una pena de prisión y/o de alejamiento sino que, frecuentemente, necesita una protección inmediata por parte del Estado a través de medidas provisionales que se pueden adoptar dentro del proceso penal.

Con esa perspectiva la Ley 27/2003, de 31 de julio adicionó el art. 544 ter de la LECrim que regula la orden de protección en los siguientes términos:

“1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

2. La orden de protección será acordada por el juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal.

Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta Ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

3. La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente.

Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

⁶⁰ DELGADO MARTÍN, J., “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Encuentros “Violencia doméstica”*, CGPJ, 2004, págs. 85 y ss.

4. Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 505 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud.

Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el presunto agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado.

Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.

La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.

6. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta Ley. Se adoptarán por el juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente.

8. La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el Secretario judicial inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

9. La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

10. La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género.

11. En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores”.

Habría que analizar, en primer lugar, lo relativo a la **constitucionalidad** de dicha medida, pues las medidas de seguridad predelictuales no están permitidas en nuestro ordenamiento jurídico al resultar afectada la libertad personal, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 24.2 y 25 de la CE. Si el TC ya se pronunció respecto de la prisión provisional considerándola constitucional y legítima no sólo para mantener al imputado a disposición de la autoridad judicial durante la tramitación del procedimiento sino también para evitar que pueda volviere a delinquir⁶¹, a la misma conclusión tenemos que llegar respecto las medidas cautelares penales adoptadas en el seno de la orden de protección, consistentes en la prohibición de aproximación y no comunicación con la víctima, puesto que las mismas resultan menos gravosas para la libertad que la prisión

⁶¹ STC nº 128/1995, de 26 de julio, ponente Viver Pi-Sunyer, 1995/3567.

provisional y tienen como finalidad evitar que el acusado pueda volver a atentar contra bienes jurídicos de la víctima.

En cuanto a la **naturaleza jurídica**⁶² de las medidas recogidas en dicho precepto, para VILLENA CORTÉS⁶³ son algo más que unas medidas cautelares procesales que tienen por objeto asegurar las situaciones de hecho existentes al inicio del proceso y garantizar la efectividad del futuro fallo sino que además, tienen por objeto evitar el riesgo de reiteración delictiva y serenar el ámbito familiar permitiendo la tramitación del procedimiento de forma pacífica y segura para la víctima desde el momento de su incoación inicial.

Para DE HOYOS SANCHO⁶⁴ se trata de un acto procesal multifuncional⁶⁵, de naturaleza jurídica compleja, y aunque reconoce que no es una cuestión pacífica entre la doctrina su posición resuelve los problemas interpretativos o de aplicación que pudieran surgir, tanto en relación con la norma aplicable como en la determinación de los fines perseguidos, ya que desde una visión general de protección de la víctima, junto con los fines propios del proceso penal moderno, se interpreta y aplica la orden de protección y cada medida que la integra, en función de sus propias características y naturaleza.

Para MORENO CATENA⁶⁶ desbordan la naturaleza genuina de las medidas cautelares personales propias del proceso penal, pues no se trata de medidas ordenadas con una finalidad procesal para permitir la adecuada tramitación de proceso o la ejecución de la sentencia que en su día se dicte, ni evitar la ocultación del delito o la sustracción del imputado a la acción de la justicia, ni tampoco a asegurar el

⁶² FERREIRO BAAMONDE, X., “La tutela de la víctima de violencia de...”, ob. cit., págs. 246 y ss, ARANGÜENA FANEGO, C., “Medidas cautelares personales en los procesos por...”, ob. cit., págs. 570 y ss.

⁶³ VILLENA CORTÉS, B., “La orden de alejamiento”, en RIVAS VALLEJO, M. P. y BARRIOS BAUDOR, G. L. (Dir.), *La violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 954 y 955.

⁶⁴ DE HOYOS SANCHO, M., “La orden de protección de las víctimas...”, ob. cit., pág. 527.

⁶⁵ Así también la califica FARALDO CABANA, P., “La multifuncionalidad de las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal español (segunda parte). El régimen especial para los delitos cometidos contra personas integradas en el ámbito familiar y cuasi-familiar y para la violencia de género”, *Tirant on line*, 2008.

⁶⁶ MORENO CATENA, V., “Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.). *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicaciones de la Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2007, págs. 337 y 338.

cumplimiento de una posible condena, sino de un modo exclusivo se pretende proteger a la víctima de un delito cuyo proceso penal ya se ha incoado, de unas futuras y probables agresiones.

Para ARAGONESES MARTÍNEZ⁶⁷ la determinación de la naturaleza jurídica de las medidas judiciales de protección es una cuestión compleja porque, por un lado, la propia ley se refiere a ellas como medidas de seguridad de la víctima, por su heterogeneidad, en cuanto que pueden tener carácter penal y/o civil y, porque pueden verse implicados derechos fundamentales del agresor, lo que podría hacer que se las considerase como actos de coerción. Aunque la citada autora señale que de la literalidad del art. 61.2 de la LIVG se desprenda que tienen carácter cautelar y ello no la convenza totalmente, lo cierto es que, según la misma, las medidas de protección y las medidas cautelares comparten presupuestos, requisitos y características comunes que les confiere una naturaleza jurídica análoga o afín que es de utilidad a la hora de establecer su régimen jurídico supletorio.

Para MORAL MORO⁶⁸ las medidas judiciales de protección y de seguridad a que se refiere la LIVG no son medidas cautelares pues la finalidad de las mismas no es garantizar el cumplimiento de la sentencia sino proteger a la víctima. En su opinión tampoco son medidas de seguridad, puesto que éstas son instrumentos penales ordenados para el tratamiento preventivo de la peligrosidad social que se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se imponen y les resulta de aplicación lo dispuesto en los arts. 3, 95 y siguientes del CP. Desde su punto de vista, las medidas judiciales de protección a que se refiere la LIVG son medidas de protección pues se dirigen a garantizar la seguridad del sujeto pasivo frente a futuras y probables agresiones.

⁶⁷ ARAGONESES MARTÍNEZ, S., “Las medidas judiciales de protección y...”, ob. cit. págs. 168 y 169.

⁶⁸ MORAL MORO, M. J., “Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas en la ley integral contra la violencia de género”, *Revista Jurídica de Castilla León*, nº 14, 2008, págs. 125 y ss.

MUERZA ESPARZA⁶⁹ habla de medidas coercitivas más que cautelares pues entiende que lo que se pretende con las mismas es la protección de la víctima y no la presencia física de aquél en el proceso.

SENÉS MOTILLA⁷⁰ pone de manifiesto que a pesar de que la LIVG alude indistintamente a ellas como medidas de “protección” y de “seguridad” de las víctimas (art. 61.1 LIVG) y como medidas “cautelares” y “de aseguramiento” (art. 61.2 LIVG), no son medidas cautelares propiamente dichas, pues su finalidad no es asegurar la presencia del inculcado a disposición judicial para la celebración del juicio y la efectividad de la sentencia condenatoria, sino la protección de la víctima y de las personas a su cargo. Para esta autora las medidas recogidas en la LIVG son medidas coercitivas personales

En mi opinión, aunque las medidas de protección contempladas en la LIVG precisan de los mismos requisitos para su imposición que las medidas cautelares, la finalidad que se pretende es proteger a la víctima y a los descendientes comunes frente a futuros ataques que pudieran proceder del agresor. Hay que tener en cuenta que las medidas que se pueden adoptar no son sólo la prohibición de aproximación y no comunicación sino también, la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, art. 65 LIVG, la suspensión del régimen de visitas respecto de los descendientes, art. 66 LIVG, la suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas del art. 67 LIVG y en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal, art. 544 ter apartado 6º y las civiles a las que se refiere su apartado 7º. Además, la orden de protección confiere a la víctima un estatuto integral de protección⁷¹, que le otorga medidas de asistencia y de protección social que van más allá de la finalidad que se pretende con las medidas cautelares pero, por otra parte, aunque imponen a la persona sobre la que recaen una determinada obligación, y en ese sentido son coercitivas,

⁶⁹ MUERZA ESPARZA, J., “Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J. (coord.). *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género: aspectos jurídicos-penales, procesales y laborales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 79.

⁷⁰ SENÉS MOTILLA, C., “Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género”, en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., (coord.), *La violencia de género: Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, págs. 165 y 166.

⁷¹ De hecho, el art. 544 ter apartado 6º señala que “...*Se adoptarán por el Juez de Instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima...*”.

también pueden consistir, sin olvidar las civiles⁷², en cualesquiera otra de las previstas en la LECrim⁷³, por lo que también comparten la naturaleza jurídica de aquellas.

Las medidas previstas en la orden de protección no se otorgan de forma automática tras solicitarlo la víctima sino que, como sucede con toda medida cautelar, es necesario que se den ciertos **requisitos para su adopción**⁷⁴.

MAGARIÑOS YÁNEZ⁷⁵ entiende que para que se pueda adoptar la misma se exige, como toda medida cautelar penal, tres requisitos: 1) *fumus boni iuris*, en este caso la razonable atribución a una persona de un hecho constitutivo de violencia de género; 2) *periculum in mora*, consistente en el riesgo de fuga o de repetición de una agresión contra la víctima y 3) proporcionalidad de la medida, en el sentido de que no sea posible adoptar una medida menos gravosa para el sujeto que permita conseguir los mismos fines.

⁷² GAMINDE MONTOYA, A., “Violencia sobre la mujer (una ley apresurada, la 1/2004)”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pág. 152.

⁷³ AYA ONSALO, A., “Las reformas del Código Penal en materia de violencia doméstica”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág. 288 y ss.

⁷⁴ DELGADO MARTÍN, J., “La orden de protección de las víctimas...”, ob. cit., pág. 86; MORENO CATENA, V., “Medidas judiciales de protección y...”, ob. cit., págs. 335 y ss.; DÍAZ PITA, M. P., “Violencia de género: el sistema de medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 239 y ss.; DE HOYOS SANCHO, M., “La orden de protección de las víctimas...”, ob. cit., págs. 533 y ss.; ARANGÜENA FANEGO, C., “Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional”, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 582 y ss.; SENÉS MOTILLA, C., “Las medidas judiciales de protección...”, ob. cit., págs. 165 y ss.; MUERZA ESPARZA, J., “Aspectos procesales de la LO 1/2004...”, ob. cit., pág. 77; DE MIGUEL HERRÁN, I., “La orden de protección, presupuestos para su adopción, protocolo, problemas probatorios y de ejecución”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 117 y ss., DELGADO CÁNOVAS, J., “Apuntes sobre la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág. 262 y ss.; BERMÚDEZ REQUENA, J. M., “Medidas judiciales de protección y valoración procesal de la declaración de la víctima”, en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., (coord.), *La violencia de género: Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, pág. 180; FERREIRO BAAMONDE, X., “La tutela de la víctima de violencia de...”, ob. cit. págs. 253 y ss.

⁷⁵ Según MAGARIÑOS YÁNEZ, J. A., “Las medidas cautelares en la violencia de género”, en *El derecho contra la violencia de género*, Montecorvo, S.A., Madrid, 2007, págs. 121 y ss.

Para ARAGONESES MARTÍNEZ⁷⁶, aunque deben cumplir ciertos presupuestos mínimos como son la apariencia de la comisión de un hecho delictivo de violencia de género o *fumus commissi delicti* y la existencia de un peligro concreto para la víctima, de la combinación de los arts. 14.5 y 544 ter de la LECrim y 87 ter de la LOPJ, para que se puedan adoptar las medidas de protección es preciso que: 1) existan indicios fundados de la comisión de una infracción penal consistente en homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, o faltas contenidas en los Títulos I y II del Libro III del CP, 2) que la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o bien los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o los menores que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género, 3) que las medidas cumplan los siguientes requisitos: a) se acuerden por un órgano jurisdiccional frente al imputado, b) se adopten mediante resolución motivada, c) estén condicionadas por la existencia de un proceso y d) sean provisionales aunque del tenor del art. 69 LIVG podrán mantenerse tras la sentencia y durante la tramitación de los eventuales recursos, haciéndose constar expresamente en la sentencia esta circunstancia.

Según HERRERO-TEJEDOR ALGAR⁷⁷ para que pueda adoptarse formalmente la orden de protección es necesario la concurrencia de los requisitos siguientes: a) que el Juez considere que existen indicios fundados de la comisión de una infracción penal, es decir, no se trata más que de la aplicación del principio *fumus boni iuris* inherente a la adopción de cualquier medida cautelar; b) que la infracción penal sea alguna de las expresamente señaladas por la ley: un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de la víctima; c) que el sujeto pasivo sea alguna de las personas señaladas en el art. 173.2 del CP; d) que exista una situación objetiva de riesgo para la víctima; lo que se denomina *periculum in libertatis* que se pueda derivar de la no adopción de la medida cautelar de protección y, e) que tal

⁷⁶ ARAGONESES MARTÍNEZ, S., “Las medidas judiciales de protección y...”, ob. cit. págs. 169 a 171.

⁷⁷ HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., “La orden de protección”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007, págs. 372 a 374.

situación requiera la adopción de alguna de las medidas de protección expresamente reguladas.

En mi opinión del art. 544 ter de la LECrim se deducen los siguientes requisitos para que se pueda otorgar la orden de protección:

1) que existan **indicios fundados de la comisión de infracción penal** por parte del agresor. Sobre este extremo hay que resaltar que no existe coincidencia en el listado de infracciones penales entre las recogidas en los arts. 544 ter de la LECrim, el art. 14.5 de la LECrim y el art. 87 ter de la LOPJ por lo que, a la pregunta de frente a qué tipo de infracciones se puede obtener la orden de protección ya hemos visto como ARAGONESES MARTÍNEZ⁷⁸ ha optado por recoger los siguientes: homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación o faltas contenidas en los Títulos I y II del Libro III del CP.

Al respecto hay que tener en cuenta que en aquellos casos en los que se solicita la orden de protección, en base a unos hechos de los que tan sólo existen versiones contradictorias entre las partes, la solicitud de la misma por el Ministerio Fiscal o su concesión por el Juez resultará una cuestión compleja si se tiene en cuenta que no se va a disponer de otros elementos probatorios que el testimonio de las partes y que, bajo dichas circunstancias, no se puede descartar que el procedimiento acabe en sobreseimiento provisional en los términos del art. 641.1 de la LECrim, debiendo recordar que para que se pueda otorgar dicha orden de protección deben existir indicios fundados de criminalidad⁷⁹.

2) que se cometa dicha **infracción penal** frente a alguna de las **personas** a que se refiere el **art. 173.2 del CP**. Según PERAMATO MARTÍN⁸⁰ si la solicitud de la orden se efectúa en base a unos hechos que no son constitutivos de delito o falta o por unas personas sobre las que falte la relación de parentesco a que se refiere el art. 173.2

⁷⁸ ARAGONESES MARTÍNEZ, S., “Las medidas judiciales...”, ob. cit., pág. 170.

⁷⁹ RUÍZ DE ALEGRÍA, C., “La orden de protección. Algunas consideraciones prácticas sobre la problemática en cuanto a la aplicación y eficacia de la misma”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 135 y ss.

⁸⁰ PERAMATO MARTÍN, T., “La orden de protección”, *Colección manuales de formación continuada*, 2007, pág. 573.

del CP, procederá la inadmisión de la misma, recordando lo previsto en la Circular nº 3 de la FGE, de 20 de diciembre de 2003 en la que se recoge que *“en los casos que directamente se advierta de la simple lectura de la solicitud que no concurre alguno de los citados presupuestos será procedente dictar auto que inadmita de plano la orden de protección por lo que no será precisa la celebración de la comparecencia”*.

3) Es necesario que la víctima se halle en una **situación objetiva de riesgo**⁸¹. Al respecto hay que indicar que habrá que tener en cuenta las circunstancias específicas del hecho, del autor y de la víctima para valorar la misma, sirviendo también la valoración del riesgo efectuada por los funcionarios de policía que instruyan el atestado.

La apreciación de la situación de riesgo en la que se encuentre la víctima puede diferir de la concepción que tenga la misma, sobre todo, en los casos en los que dicha medida es interesada por el Ministerio Fiscal o apreciada por el Juez de oficio en contra de lo manifestado por ella⁸². Así pues, ésta puede poner de manifiesto su voluntad de que no se dicte la orden e incluso oponerse a la misma, pero en los que casos en los que se advierta la existencia de una situación de riesgo deberá interesarse por el Ministerio Fiscal o acordarse de oficio por el Juez competente. Piénsese en los supuestos en los que la víctima depende económicamente del agresor y teme quedarse sin recursos si se le impide el contacto con el mismo o en casos de alta dependencia emocional de la víctima a su agresor que le impidan apreciar por sí misma la situación peligrosa en la que se encuentra. No es baladí dicha apreciación, sobre todo si tenemos en cuenta, que es necesario contar con la colaboración de la víctima para que las medidas de alejamiento sean efectivas y más aún, en los casos en los que sea necesario controlar dicha medida de alejamiento mediante medios telemáticos. Quizá otra solución más efectiva en los casos de verdadero peligro y poniéndolo en relación con el hecho cometido⁸³, sea instar la prisión provisional del imputado en los términos del art. 503. 1, 1, 2 y 3, apartado c y 2 de la LECrim.

⁸¹ BERMÚDEZ REQUENA, J. M., “Medidas judiciales de protección y...”, ob. cit., págs. 188 y ss; ACALE SÁNCHEZ, M., “Las reformas en el orden procesal”, en *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S.A., Madrid, 2006, pág. 363; DE HOYOS SANCHO, M., “La trascendencia de una exhaustiva investigación en los delitos de violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir.) *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 414 y ss.

⁸² LARRAURI PIJOÁN, E., “¿Se debe proteger a la mujer...”, ob. cit., pág. 158.

⁸³ Sin olvidar que la medida debe ser en todo caso proporcional.

SÁNCHEZ OREJAS⁸⁴ señala que a la hora de valorar el riesgo lo que se persigue es averiguar el peligro de que pueda volver a producirse una nueva agresión o que la víctima lo sea de forma más virulenta en el futuro, y para ello utiliza una serie de indicadores de riesgo entre los que cita la violencia física o sexual, empleo de armas, amenazas, escalada o incremento en la lesión, violencia psíquica, daños en la vivienda, falta de conformidad del agresor con disposiciones, quebrantamientos de disposiciones judiciales, conducta desafiante, antecedentes penales o policiales, abuso de sustancias tóxicas, actitudes, creencias o valores que justifican la violencia, problemas patentes en las relaciones de pareja, problemas laborales o financieros del agresor, tendencia suicida, pérdida de apoyo social, dependencia afectiva o emocional, antecedentes de sadismo sexual o crueldad extrema, trastorno mental que afecte al control de los impulsos y entrenamiento en técnicas de combate. En relación a la víctima señala los siguientes indicadores: sentimiento de culpabilidad, justificación de hechos, tendencias suicidas, dependencia emocional o económica del autor, retirada de denuncias y renuncia al estatuto de protección. En mi opinión habría que añadir para ambos supuestos, la existencia de antecedentes previos de maltrato en la misma o diferente relación, la baja autoestima del agresor o de la víctima y la conducta celotípica de aquél.

4) Es necesario que se resuelva sobre la orden de protección por el **órgano judicial competente**, considerando como tal, y según lo dispuesto en el art. 15 bis de la LECrim, el JVM correspondiente al domicilio de la víctima⁸⁵ y ello, sin perjuicio de las funciones que se reconocen por la ley al Juez de Guardia quien deberá resolver sobre su concesión en todo caso en el plazo máximo de 72 horas siguientes a la presentación de la solicitud. El Juzgado competente puede ser no sólo el del domicilio habitual de la víctima, sino también aquel otro en el que se encontraba residiendo de forma accidental cuando ocurrieron los hechos, o porque huye al mismo, o puede incluso realizar la solicitud habiéndose iniciado el procedimiento, por lo que en este último caso deberá acordar la celebración de la comparecencia el Juez que esté conociendo del mismo.

⁸⁴ SÁNCHEZ OREJAS, A. M., “Tratamiento policial a la violencia doméstica y de género”, *Colección cuadernos de formación continua*, 2009, pág. 21.

⁸⁵ En atención a lo dispuesto en el art. 15 bis de la LECrim.

5) La resolución que se pronuncia sobre la orden de protección adoptará la forma de **auto**⁸⁶ que deberá ser **motivado** y que es **recurrible**⁸⁷, conforme el régimen general de recursos previstos el art. 766 de la LECrim, es decir, admite recurso de reforma y subsidiario de apelación.

Respecto al carácter recurrible del auto que resuelve sobre la orden de protección, así se declara expresamente en el AAP de Madrid, Secc. 27ª, nº 362/2011, de 22 de marzo⁸⁸ en el que se señala que: *“...Impugna el Ministerio Fiscal, con la adhesión de la acusación particular, el Auto por el que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer deniega la orden de protección solicitada por la denunciante, alegando que, al disponerse en el mismo que no cabe recurso alguno contra dicha resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 798.3 y 800.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se está causando indefensión material a las partes, y atenta contra el principio general de tutela judicial efectiva, y va contra el régimen general de recursos que prevé la propia LECrim y la LOPJ. La cuestión jurídica que plantea el presente recurso es, sustancialmente, idéntica a la ya resuelta en resoluciones anteriores de esta Sección, como los Autos nº 258/2011, de 28 de febrero, y el nº 1092/10, de 13 de diciembre de dos mil diez...Señalaremos, no obstante, de nuevo, que ninguno de los preceptos procesales citados por el Magistrado a quo autoriza al mismo a extraer la conclusión de irrecurribilidad de sus resoluciones, salvo-y dado que la misma resolución acuerda denegar la orden de protección solicitada y la apertura de juicio oral-en el extremo en que, de forma expresa, así se excepcione...Tiene, por ello, razón el recurrente, dado que la remisión enunciada, determina, de forma indudable, que habrá de seguirse el sistema general de recursos que se establecen respecto de las referidas resoluciones judiciales, que sí prevén la posibilidad de interponer recurso de apelación contra los Autos que acuerden medidas cautelares...”*⁸⁹.

⁸⁶ SENÉS MOTILLA, C., “Las medidas judiciales de protección...”, ob. cit., pág. 175.

⁸⁷ FERREIRO BAAMONDE, X., “La tutela de la víctima de violencia de...”, ob. cit., págs. 274 y 275.

⁸⁸ Resolviendo el recurso de apelación nº 266/2011, frente al auto dictado por el JVM nº 8 de Madrid, en el seno del procedimiento DUD nº 408/2010, ponente Tardón Olmos, EDJ 2011/310511.

⁸⁹ En idéntico sentido el AAP de Madrid, Secc. 27ª, nº 258/2011, de 28 de febrero, ponente Tardón Olmos, EDJ 2011/54216 y el AAP de Madrid, Secc. 27ª, nº 1092/2010, de 13 de diciembre, ponente Romera Vaquero, EDJ 2010/331810 y el AAP de Madrid, Secc. 27ª, nº 472/2011, de 4 de abril, resolviendo el recurso de queja nº 2/2011 frente al auto de 17/01/2011 del JVM nº 8 de Madrid, ponente Casado López, EDJ 2011/123292.

No hay que olvidar que se trata de una medida restrictiva de derechos fundamentales del imputado, por lo que se deberá motivar, de forma suficiente, la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida adoptada⁹⁰.

El órgano jurisdiccional deberá pronunciarse sobre la concesión o no de la orden de protección interesada y, tanto en el caso de su concesión, como en caso contrario, al entender que los hechos no son constitutivos de violencia de género, que la víctima no es alguna de las previstas en el art. 173.2 del CP, que no existe una situación objetiva de riesgo o incluso porque la víctima desiste de su petición, deberá motivar suficientemente su decisión.

En los casos en los que se otorgue la orden de protección deberá incluir qué medidas cautelares se adoptan y la duración de las mismas. Si se adopta la prohibición de aproximación del imputado a la víctima deberá de precisarse, en todo caso, la distancia de alejamiento que debe respetar el agresor y que en el supuesto de incumplimiento o reiteración de hechos delictivos por parte de éste deberá agravarse, ya aumentando la distancia de separación, ya mediante medios de control telemático o mediante prisión provisional de conformidad con lo dispuesto en el art. 544 bis in fine de la LECrim.

6) Por último, la medida de protección que se acuerde debe ser **proporcional** y resultar estrictamente **necesaria al fin de protección** de la víctima⁹¹.

Respecto del elenco de **medidas cautelares**⁹² que se pueden adoptar en el seno de la orden de protección, hay que hablar en primer lugar de las **penales**. El art. 544 ter se remite a las medidas previstas en el art. 544 bis de la LECrim⁹³ que recoge que:

⁹⁰ AAP de Vizcaya, Secc. 1ª, nº 474/2005, de 28 de junio, ponente San Miguel Bergaretxe, EDJ 2005/138838; AAP de Madrid, Sección 27ª, nº 1595/2011, de 26 de diciembre, ponente Consuela Vaquero, EDJ 2011/375725.

⁹¹ Así lo indica el AAP de Madrid, Secc. 27ª, nº 1595/2011, de 26 de diciembre, ponente Consuela Vaquero, EDJ 2011/375725. El AAP de Madrid, Secc. 26ª, nº 1256/2010, de 2 de diciembre, resolviendo el recurso de apelación nº 816/2010, considera que la imposición por parte del JVM, como medida cautelar, de la obligación de comparecer apud acta ante la Comisaría de Policía todos los sábados a las 11:00 horas de la mañana, ante el grupo de extranjería es desproporcionado al entender que en el momento de la denuncia el imputado se encontraba en situación regular en España; y la de prohibición de salida de España y retirada del pasaporte, sin entregar siquiera un testimonio del mismo, provocando que el imputado quede indocumentado en territorio español, resulta desproporcionado para los fines perseguidos, que no son otros que asegurar su comparecencia ante la administración de justicia cuantas veces sea llamado y la protección de la víctima, que no se consigue con la retirada del pasaporte.

“En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.

Por lo tanto podemos distinguir: la prisión provisional, la prohibición de residir o de acudir a un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma, la prohibición de aproximación y de comunicación con la víctima, o con otras personas como, por ejemplo la familia de ésta, por cualquier medio o procedimiento, y cualquier otra prevista en la legislación procesal penal como; por ejemplo, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

⁹² SENÉS MOTILLA, C., “Las medidas judiciales de protección...”, ob. cit., págs. 170 y ss.; FERREIRO BAAMONDE, X., “La tutela de la víctima de violencia de...”, ob. cit., págs. 263 y ss; ARANGÜENA FANEGO, C., “Medidas cautelares personales en los procesos por...”, ob. cit., págs. 578 y ss.

⁹³ MARTÍNEZ GARCÍA, E., “La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 350 y ss.

Respecto de las **medidas civiles**⁹⁴ y los **supuestos** en los que procede adoptar medidas civiles en una orden de protección, GÓNZÁLEZ SÁNCHEZ⁹⁵ señala que es necesario que medie instancia de parte y que no hubieren sido previamente acordadas por un órgano jurisdiccional civil.

Efectivamente, como señala el citado autor, las medidas civiles deben ser interesadas ya por la víctima o su representante legal y también por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, salvo las recogidas en el art. 158 Cc. que pueden acordarse de oficio por el Juez.

Respecto a la posibilidad de **acordar medidas civiles cuando no existan menores o incapaces**, PERAMATO MARTÍN⁹⁶ defiende que el art. 544 ter de la LECrim sólo se limita a otorgar legitimación al Ministerio Fiscal para que las solicite cuando existan menores o incapaces, por lo que se ha de concluir que cabrá acordar dichas medidas civiles en protección de la propia víctima, aunque no existan aquellos para evitar que la misma quede en situación de indefensión e indigencia si depende absolutamente de su agresor.

MARTÍNEZ DERQUI⁹⁷ también se muestra a favor de adoptar medidas civiles a favor de la propia víctima y señala con muy buen criterio que: “...*Hay quienes entienden que no cabe en ningún caso su adopción si no hay hijos menores*⁹⁸ *lo cual no puede acogerse puesto que el art. 544 ter se refiere expresamente al régimen de prestación de los alimentos y es sabido que conforme al art. 143.1º del Código Civil los cónyuges están obligados recíprocamente a darse alimentos...*”.

⁹⁴ FERREIRO BAAMONDE, X., “La tutela de la víctima de violencia de...”, ob. cit., págs. 270 y ss; GARCÍA RUBIO, M. P., “El marco civil en la violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 163 y ss; GUILIARTE MARTÍN-CALERO, C., “Guarda y custodia de menores y régimen de comunicación y estancia en violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 210 y ss.

⁹⁵ GÓNZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A., “Contenido de la orden de protección”, *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y de género*, Sepín, Las Rozas (Madrid), 2014, págs.129 y ss.

⁹⁶ PERAMATO MARTÍN, T., “La orden de protección...”, ob. cit., págs. 586 y 587.

⁹⁷ MARTÍNEZ DERQUI, J., “Aspectos civiles de la orden de protección...”, ob. cit., págs. 8 y 9.

⁹⁸ Él mismo se remite a una AAP de Madrid, Secc. 26, de 13 de mayo de 2009, ponente Arconada Viguera, EDJ 2009/123619 que efectúa una interpretación estricta del art. 544 ter y no admite que se puedan adoptar medidas civiles si no existen menores o incapaces.

En la posición contraria nos encontramos diversas resoluciones como el AAP de Madrid, Secc. 26ª, de 1 de abril de 2009⁹⁹, el AAP de Madrid, Secc. 26º, de 13 de mayo de 2009¹⁰⁰, AAP de Barcelona, Secc. 20ª, de 22 de diciembre de 2011¹⁰¹, AAP de Burgos, Secc. 1ª, de 12 de septiembre de 2011¹⁰² que concluyen que es necesario la presencia de menores de edad o incapaces para la adopción de las mismas.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ¹⁰³ se pronuncia sobre la cuestión señalando que la solución no es nada fácil pues una interpretación literal del art. 544 ter permite defender cualquiera de las dos posiciones aunque termina concluyendo que: *“la imposibilidad de fijar medidas civiles ante la ausencia de hijos menores o incapaces iría, en cierta medida, contra la voluntad del legislador, reflejada en la Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio creadora de la orden de protección y colocaría, en numerosas ocasiones, a la víctima en una difícil situación...”*.

No puedo estar más de acuerdo con lo manifestado por GONZÁLEZ SÁNCHEZ pues ciertamente, una interpretación literal del art. 544 ter nos conduciría tanto a negar que fuera factible solicitar medidas civiles en el seno de la orden de protección, si no existieran menores o incapaces, como a interpretar que pueden ser solicitadas tanto por la víctima, en todos los supuestos, como por el Ministerio Fiscal, sólo en el caso de que existan menores de edad o incapaces siendo esto último congruente con la facultad otorgada al Ministerio Fiscal de protección del menor o incapaz según el art. 3.7º de su estatuto orgánico.

En los casos en los que **exista ya incoado un procedimiento civil** en el que se deban adoptar pronunciamientos sobre los hijos comunes habría que ver si se han adoptado medidas cautelares en el mismo en relación a los menores pues si ello es así, entiendo que, en principio, no cabría adoptar otras medidas en el seno de la comparecencia del 544 ter, aunque comparto con GUILIARTE MARTÍN-CALERO¹⁰⁴,

⁹⁹ AAP de Madrid, Secc. 26, de 1 de abril de 2009, ponente Arconada Viguera, EDJ 2009/86304.

¹⁰⁰ AAP de Madrid, Secc. 26, de 13 de mayo de 2009, ponente Arconada Viguera, EDJ 2009/123619.

¹⁰¹ AAP de Barcelona, Secc. 20ª, de 22 de diciembre de 2009, ponente Iturmendi Ortega, EDJ 20097349455.

¹⁰² AAP de Burgos, Secc. 1ª, de 12 de septiembre de 2009, ponente Muñoz Quintana, EDJ 2009/216527.

¹⁰³ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A., “Contenido de la orden de protección...”, ob. cit., págs. 132 y 133.

¹⁰⁴ GUILIARTE MARTÍN-CALERO, C., “Guarda y custodia de menores...”, ob. cit., pág. 226.

que si la gravedad e intensidad de la violencia denunciada exigiera la suspensión del ejercicio de la patria potestad o del régimen de visitas, establecido en el convenio o en resolución judicial, habría que proceder a ello en los términos señalados en los arts. 65 y 66 de la LIVG y solicitar la adopción de las medidas del art. 158 del Cc¹⁰⁵.

En los casos en los que aún no se hayan adoptado medidas cautelares de naturaleza civil en el procedimiento civil, MARTÍNEZ DERQUI¹⁰⁶ considera que lo más acertado es requerir de inhibición al Juzgado de Primera Instancia que esté tramitando las actuaciones civiles para que sea el JVM competente el que continuare conociendo de las mismas, en los términos del art. 49 bis. 3 de la LECiv.

En cuanto a las medidas cautelares civiles que se pueden adoptar sobre los menores de edad hay que distinguir las siguientes: la atribución de la guarda y custodia del menor, el uso de la vivienda familiar, el régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos a favor del cónyuge no custodio y la pensión a satisfacer por dicho cónyuge no custodio a favor del menor y, en su caso, cualquier otra disposición que se considere oportuna para apartar al menor de un peligro o para evitarle perjuicios. La duración de estas medidas cautelares civiles tendrán una duración de 30 días salvo que se otorguen al amparo de lo dispuesto en el art. 158 del Cc y, sin perjuicio de que dentro de ese plazo las partes puedan instar un procedimiento de familia.

¿Qué sucede en los supuestos en los que dicho auto se dicta por un órgano judicial en funciones de guardia que no va a ser el competente para conocer del procedimiento? ¿Qué órgano judicial será el competente para resolver del recurso de reforma frente al mismo? El art. 219 de la LECrim dispone que el recurso de reforma “*se interpondrá ante el mismo juez que hubiese dictado el auto objeto de recurso*” y el art. 220 de la LECrim que “*será juez competente para conocer del recurso de reforma, el mismo ante el que se hubiese interpuesto, con arreglo al art. anterior*”, de los que podría deducirse que es el Juez de Guardia que dictó la resolución el que deba de resolver sobre el recurso de reforma interpuesto aunque, también cabría pensar que podría resolverse por el Juez que acabare siendo el competente para conocer del procedimiento principal, pues éste puede modificar inmediatamente la misma.

¹⁰⁵ Así también lo entiende GÓNZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A., “Contenido de la orden de protección...”, ob. cit., pág. 133.

¹⁰⁶ MARTÍNEZ DERQUI, J., “Aspectos civiles de la orden de protección...”, ob. cit., pág. 8.

Al respecto el 30 de noviembre de 2005 se alcanzó un Acuerdo por los Magistrados de la AP Madrid, en el que se consideraba competente para resolver los recursos de reforma interpuestos frente a los autos que resolvían las peticiones de las órdenes de protección, dictados por el Juez de Guardia, el Juez competente para conocer del procedimiento al que se inhibe el Juez de Guardia tras resolver la orden, al considerar que el Juez de Guardia actúa en sustitución de éste por motivos de celeridad y efectividad.

La **comparecencia de la orden de protección**¹⁰⁷, al amparo del art. 544 ter, exige la presencia tanto del imputado asistido de letrado, salvo que el hecho fuere constitutivo de falta, como de la víctima, que puede o no estar asistida de letrado, cuyo derecho se le reconoce de conformidad con lo dispuesto en el art. 20 de la LIVG y se celebra ante un órgano judicial, que puede ser o no el competente para conocer de la tramitación del procedimiento, piénsese por ejemplo, que el Juez de Guardia debe inhibirse a otro diferente por antecedentes, y el Ministerio Fiscal.

La comparecencia deberá celebrarse en el plazo de 72 horas siguientes a su solicitud y exige la presencia de todas las partes. En caso de incomparecencia de alguna de ellas el órgano judicial podrá adoptar, al amparo de lo dispuesto en el 13 y art. 544 bis de la LECrim y 158 del Cc, alguna medida cautelar de protección para la víctima o sus hijos.

La **intervención del Ministerio Fiscal** en la comparecencia del art. 544 ter se podrá realizar al amparo de lo dispuesto en el art. 306 de la LECrim mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido.

La Circular 3/03, de 18 de diciembre, sobre la orden de protección en lo relativo a la asistencia del Ministerio Fiscal, resalta la importancia de la presencia de éste, pero al mismo tiempo, destaca la reforma operada en el art. 504 bis.2 de la LECrim, en relación a la comparecencia del 505 de la LECrim, para la prisión provisional, y que

¹⁰⁷ PERAMATO MARTÍN, T., “La orden de protección...”, ob. cit., págs. 577 y ss.; DELGADO MARTÍN, J., “La orden de protección de las víctimas...”, ob. cit., págs. 104 y ss.; MAGARIÑOS YÁÑEZ, J. A., *El derecho contra la violencia...*, ob. cit., pág. 128; MUERZA ESPARZA, J., “Aspectos procesales de la LO 1/2004...”, ob. cit., pág. 78; FERREIRO BAAMONDE, X., “La tutela de la víctima de violencia de...”, ob. cit., págs. 258 y ss.; GARCÍA SAN MARTÍN, J., “Las prohibiciones de comunicación y aproximación con la víctima en el ámbito de los delitos relacionados con la violencia de género”, *Revista Jurídica Canaria*, nº 19, 2010.

puede aplicarse analógicamente para la del art. 544 ter de la LECrim o la comparecencia para la agravación de la medida prevista en el art. 544 bis in fine, en el que se recogía que “*el Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su letrado estarán obligados a comparecer*”, por lo que, el órgano judicial podrá acordar la suspensión de la comparecencia para asegurar la presencia del Ministerio Fiscal aunque no es obligatoria la misma.

Por otra parte, si la comparecencia del art. 544 ter se celebra con la del art. 798 de la LECrim, la presencia del Ministerio Fiscal será ineludible pues debe ser oído en la misma y deberá pronunciarse sobre la continuación de las actuaciones por los trámites del juicio rápido o su transformación en otro procedimiento y, además, sobre la suficiencia o no de las diligencias de prueba practicadas hasta ese momento.

Respecto a la **incomparecencia del denunciado** no supondrá por sí misma la suspensión de la comparecencia, según señala la Circular nº 3/03, de 18 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, pues ello supondría hacer depender la adopción de la orden de protección de su presencia, entendiendo que la contradicción necesaria se salva con la posibilidad de que el denunciado sea oído.

En relación a la **ausencia del letrado del agresor**, se exige en todo caso salvo que el hecho cometido sea constitutivo de falta y no de delito. Respecto de la ausencia de la víctima, la Circular nº 3/03, de 18 de diciembre, señala que no es motivo suficiente para acordar la suspensión de la comparecencia, pero yo me inclino a favor de dicha suspensión, sobre todo, a los efectos de poder valorar suficientemente la necesidad o no de la orden de protección.

El auto que resuelva sobre la orden deberá ser debidamente notificado a las partes y, en especial, al acusado al que se le deberá requerir expresamente para el cumplimiento del mismo, haciéndole la advertencia de que su incumplimiento, además de ser constitutivo de un delito de quebrantamiento de medida cautelar, podrá dar lugar a la agravación de la misma mediante la **comparecencia del art. 544 bis in fine**, pudiendo acordarse en la misma la prisión provisional o, al control de las medidas cautelares que se acuerden por la orden de protección, mediante medios telemáticos.

En los casos en los que habiéndose dictado auto acordando la orden de protección, existan nuevas actuaciones policiales, ya por denuncia, ya por atestado, de

las que se deduzca la existencia de un **quebrantamiento de la orden de protección**¹⁰⁸ **o de una pena de alejamiento**, el órgano judicial competente para conocer del nuevo procedimiento deberá traer a las actuaciones, a los efectos de poder acreditar dicho quebrantamiento, copia testimoniada por el Secretario Judicial si es por quebrantamiento de la orden de protección: del auto en el que se acordó la orden de protección y las medidas cautelares acordadas en el seno del mismo, la notificación y el requerimiento que se efectuó al agresor de dicho auto y en el que se le advertía que el incumplimiento de dichas medidas dará lugar a responsabilidad penal por quebrantamiento de medida cautelar, y el certificado del Secretario Judicial de la vigencia de las medidas cautelares al tiempo de la comisión de los nuevos hechos delictivos o del quebrantamiento.

En el caso de que se trate de quebrantamiento de pena, será necesario el testimonio de la sentencia condenatoria en la que se le imponga al condenado el alejamiento o la no comunicación quebrantada, la notificación de la misma al agresor, la liquidación de las penas quebrantadas así como del auto que aprueba las mismas y la certificación del Secretario Judicial que acredite la firmeza de la sentencia.

Hay que resaltar, que la orden de protección constituye un **título habilitante**¹⁰⁹ para que la víctima de violencia de género pueda acceder a otras medidas asistenciales o de protección social, por lo que hay que insistir que, en aquellos supuestos en los que se dé sentencia de conformidad ante el JVM y se hubiera solicitado por la víctima orden de protección, **el JVM no podrá negarse a la celebrar dicha comparecencia** sobre la excusa de que la sentencia recoge como pena accesoria el alejamiento y la no comunicación, pues estará privando a la víctima de ese estatuto integral y de la posibilidad de obtener las otras medidas sociales o asistenciales que le puedan corresponder.

Respecto de la **duración de las medidas cautelares penales**¹¹⁰ establecidas por la orden de protección se establecerá en el auto que la conceda por el órgano judicial,

¹⁰⁸ DOLZ LAGO, M. J., “Doctrina jurisprudencial sobre el delito de quebrantamiento de medida: características del tipo objetivo y subjetivo, conocimiento de la medida y su incumplimiento consciente”, *La Ley*, nº 8201, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de noviembre de 2013.

¹⁰⁹ FERREIRO BAAMONDE, X., “La tutela de la víctima de violencia de...”, ob. cit., págs. 273 y ss.

¹¹⁰ ARANGÜENA FANEGO, C., “Medidas cautelares personales en los procesos por...”, ob. cit., págs. 593 y ss.; JERÉZ GARCÍA, C., “El delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar.

teniendo en cuenta que las mismas no pueden ser indefinidas, al amparo del art. 61.2 in fine de la LIVG y en atención a su carácter provisional. Dicha duración podrá ser o bien hasta la finalización del procedimiento o hasta un momento procesal determinado o por una duración temporal, ya sea por días, meses o años. No obstante lo anterior, y al amparo del art. 69 de la LIVG, tras el dictado de sentencia, deberá el órgano sentenciador pronunciarse sobre la vigencia de dichas medidas durante la sustanciación de los recursos interpuestos frente a la misma hasta que la sentencia devengue firme.

Me gustaría añadir que en los casos en los que durante el servicio de guardia se reciba un atestado en el que se desprenda la existencia de un quebrantamiento de la orden de protección, acordada por un órgano judicial, además de pronunciarse por la conveniencia de adoptar una orden de protección en el nuevo procedimiento penal por los nuevos hechos cometidos, se deberá instar la celebración de la comparecencia del art. 544 bis in fine y art. 505 de la LECrim para la adopción de la prisión provisional en los términos del art. 503, de la orden de protección prevista en el art. 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar¹¹¹. Dicha comparecencia se podrá celebra ante el JVM que lleve el procedimiento en cuyo seno se acordó la medida cautelar quebrantada o, en el caso de que lo que se hubiere quebrantado hubiere sido una pena, deberá llevarse testimonio de lo actuado al Juzgado de lo Penal que lleve la ejecutoria para que, en su caso, revoque la suspensión de la pena de prisión por incumplimiento de la pena de alejamiento y de los deberes impuestos al condenado como condición de la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta al mismo.

Ya por último, y en lo que respecta al aspecto informal de la **solicitud de la orden de protección**, hay que ponerlo en relación con las personas que pueden instar la misma.

Violencia de género”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, 2009, pág. 11; JIMÉNEZ MUÑOZ, B., “La duración de la orden de protección”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, págs. 185 y ss.; RODRÍGUEZ CASTRO, J., “El pronunciamiento de las medidas cautelares en procedimientos sobre violencia de género”, *La Ley*, nº 7952, Sección Tribuna, 26 de octubre de 2012.

¹¹¹ AAP de Madrid, Sección 27ª, nº 1595/2011, de 26 de diciembre, ponente Consuela Vaquero, EDJ 2011/375725.

PERAMATO MARTÍN¹¹² señala que la orden de protección puede ser interesada tanto por la víctima, por alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 del CP y por el Ministerio Fiscal, añadiendo que los organismos y entidades y organismos asistenciales públicos o privados que tengan conocimiento de la comisión de un hecho de violencia de género deberán de ponerlo en conocimiento del Juez de Guardia o del Ministerio Fiscal para que éstos puedan interesar la adopción de la orden de protección, por lo que, no reconoce legitimación activa a los mismos para solicitarla. A pesar de que la Comisión de Implantación de Seguimiento de la orden de protección aprobó un formulario normalizado y único para instar la misma, la no utilización de dicho formulario no conllevará la inadmisión de la solicitud, puesto que la orden de protección puede ser solicitada no sólo en las Comisarías de Policía, dependencias de la Guardia Civil y de las Policías Municipales y Autonómicas, ante los órganos de servicios sociales e instituciones asistenciales dependientes de la Administración Pública, los servicios de orientación jurídica de los Colegios de Abogados, ante la Fiscalía y también ante el propio órgano judicial pudiendo solicitarla incluso de forma verbal, por lo que se sigue un sistema antiformalista pero con los formularios se trata de facilitar la solicitud y su tramitación.

En la práctica, y a pesar de la concesión de la orden de protección, hay que lidiar con los supuestos de quebrantamiento consentido por la propia víctima¹¹³, respecto de los cuales no hay que olvidar que al tratarse de una resolución judicial no depende de la víctima su cumplimiento o no y en cuanto quebrantamiento supone un delito contra la Administración de Justicia punible.

Respecto **al quebrantamiento** de la prohibición de aproximación y no comunicación cuando aquél ha sido **provocado o consentido por la propia víctima**¹¹⁴, se le ha venido a dar un tratamiento muy dispar.

¹¹² PERAMATO MARTÍN, T., “La orden de protección...”, ob. cit., pág. 569.

¹¹³ Teniendo en cuenta que la misma puede acordarse en contra de la voluntad de la propia víctima, a tal efecto CATALINA BENAVENTE, M. A., “¿Se debe tener en cuenta la voluntad de...”, ob. cit., págs. 308 y ss.

¹¹⁴ JAVATO MARTÍN, M., “El quebrantamiento de la prohibición de...”, ob. cit., págs. 123 y ss.; JERÉZ GARCÍA, C., “El delito de quebrantamiento de...”, ob. cit., págs. 19 y ss.; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”, *AFDUDC*, N° 10, 2006, págs. 1227 a 1236; DOMÍNGUEZ RUÍZ, L., “Tutela procesal de la violencia de género: cuestiones controvertidas y soluciones recientes”, *La Ley*, n° 7327, Sección Doctrina, 2010.

MONTANER FERNÁNDEZ¹¹⁵ admite tres opciones desde un punto de vista jurisprudencial:

La primera solución es considerarla atípica por desaparecer las circunstancias que motivaron la pena o la medida. El TS en sentencia nº 1156/2005, de 26 de septiembre¹¹⁶ así lo entiende al manifestar en su fundamento de derecho 5º que: “...las penas se imponen para ser cumplidas y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar...No obstante las reflexiones anteriores ofrecen interrogantes cuando se predicen de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación.

En uno y otro caso, la efectividad de la medida depende- y esto es lo característico- de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima- en cuya protección se acuerda- de mantener su vigencia siempre y en todo momento. ¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o exconviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancia de aquella? Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes de cara al delito de quebrantamiento de medida del artículo 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja, cuyo derecho más relevante es el derecho a “vivir juntos”, como lo recuerda las SSTEDH de 24 de marzo de 1998 y 9 de junio de 1998, entre otras...Por otra parte es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga...”.

Como bien advierte MONTANER FERNÁNDEZ¹¹⁷ el argumento que emplea el TS resulta bastante paradójico pues estableciendo que la decisión de la mujer de

¹¹⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, R., “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, nº 4, Barcelona, 2007, págs. 14 y ss.

¹¹⁶ Ponente Giménez García, EDJ 2005/187655.

¹¹⁷ MONTANER FERNÁNDEZ, R., “El quebrantamiento de penas o...”, ob. cit., págs. 15 y 16.

reanudar la convivencia con su agresor la convierte en innecesaria y acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, lo que *de facto*, hace depender de la voluntad de la víctima la vigencia de aquella a pesar de que el TS manifiesta lo contrario.

Otras resoluciones, como la contemplada en la SAP Guipúzcoa, Secc. 1ª, nº 312/2006, de 26 de septiembre¹¹⁸ o la SAP de Soria, Secc. 1º, nº 10/2007, de 19 de febrero¹¹⁹, entienden que la conducta realizada por el condenado, a una pena de alejamiento, es atípica al no ser materialmente antijurídica pues con el consentimiento de la beneficiaria de la medida la conducta del sujeto no atenta contra el bien jurídico que constituye el fin último de protección de la norma punitiva (seguridad y tranquilidad de la víctima).

Yo no comparto, en absoluto, que un quebrantamiento de la medida cautelar adoptada deba considerarse atípico al devenir innecesaria la orden de protección en que se adoptó, pues la situación objetiva de riesgo que se tuvo en cuenta para acordarla no desaparece por la voluntad de la mujer, y con esta posición se da a entender que lo que cuenta para acogerla es la percepción personal que tenga la propia afectada sobre el peligro que corre, algo del todo incorrecto puesto que de ser así no estarían legitimadas para solicitar la misma personas ajenas a la víctima. Lo que sucede es que la eficacia de las medidas cautelares acordadas en la orden de protección depende de que la persona protegida colabore activamente en su protección y no busque la proximidad o la comunicación con su agresor, sobre todo, en aquellos casos en los que se acudió a medios telemáticos de control o localizadores electrónicos en los que es necesario la recarga de la batería de los dispositivos y que la víctima los porte cuando salga del domicilio. De admitirse esta posibilidad estaríamos otorgando a la mujer la facultad de decidir sobre la vigencia o no de las medidas cautelares adoptadas y de su duración, lo que supondría atribuirle un poder de decisión¹²⁰ no reconocido por el legislador y en perjuicio del propio obligado por la misma.

¹¹⁸ Ponente Maeso Ventureira, EDJ 2006/408186.

¹¹⁹ Ponente Pérez Flecha Díaz, EDJ 2007/35105.

¹²⁰ La propia STS nº 1156/2005, de 26 de noviembre ya citada para apoyar esta postura recoge expresamente que: “...es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no solo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger...”.

La resolución judicial que acuerda la orden de protección debe cumplirse y respetarse, su incumplimiento es un quebrantamiento penado en el art. 468.2 del CP y al tratarse de un delito público, se encuentra dentro del Título XX denominado delitos contra la Administración de Justicia, no depende de un particular su castigo.

La **segunda solución** sería entender, según la citada autora, que la **responsabilidad por el quebrantamiento de la medida debería recaer exclusivamente en el obligado por la prohibición** y se remite a la SAP de Barcelona, Secc. 20ª, nº 1024/2006, de 29 de noviembre¹²¹ que resalta la necesidad de que las resoluciones judiciales se cumplan en sus propios términos, no pudiendo depender la ejecución de una orden de protección de la voluntad de la persona protegida, pues produciría una falta absoluta de seguridad jurídica para el obligado a la misma y se le podría hacer responsable de un delito de quebrantamiento por la exclusiva voluntad de la víctima. MONTANER FERNDÁNDEZ añade además que, desde que el obligado por la medida cautelar se relaciona y se acerca a la persona protegida, comete un delito de quebrantamiento del art. 468.2 del CP, pues conocía el alcance de la medida y no respetó la decisión judicial.

Al respecto habría que añadir a la sentencia apuntada por la citada autora, la STS nº 39/2009, de 29 de enero¹²² que recoge en su fundamento de derecho 6º: “...*el asunto fue tratado en una reunión de pleno no jurisdiccional, celebrada el pasado 25 de noviembre, en la cual, por una mayoría de 14 votos frente a 4, se acordó que "el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP"; todo ello en base a la idea clave de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que solo tiene su excepción en los llamados delitos privados, que es cuando expresamente la ley penal así lo prevé...*” y la STS nº 1065/2010, de 26 de noviembre¹²³, en términos semejantes.

En mi opinión, y desde un punto de vista general, esta parece la solución más adecuada pues al único al que se le ha requerido y advertido de las consecuencias que lleva aparejado el quebrantamiento es al agresor y la resolución judicial que la acuerda

¹²¹ Ponente Zabalegui Muñoz, EDJ 2006/434102.

¹²² Ponente Delgado García, EDJ 2009/15146.

¹²³ Ponente Marchena Gómez, EDJ 2010/284954

solo puede ser modificada, alterada o suprimida por el Juez o Tribunal que la dictó¹²⁴ aunque entiendo que se deberán valorar todas las circunstancias concurrentes a los efectos de determinar en qué medida la conducta de la víctima influyó en el quebrantamiento del agresor a los efectos de individualizar su responsabilidad.

Respecto a la posibilidad de admitir error de prohibición en el agresor que quebranta la orden de protección la jurisprudencia no se muestra unánime y así, la STS nº 126/2011, de 31 de enero¹²⁵ admite la posibilidad de apreciarlo indicando que: *“...aunque es cierto que la subsistencia de la tipicidad de la conducta no excluye, como en cualquier otro caso, un hipotético error de prohibición, la apreciación de éste ha de resultar de datos objetivos que lo acrediten, lo que no sucede en este caso...”*, por lo que para su admisión requiere que el error de prohibición alegado debe estar respaldado por elementos objetivos que permitan acreditarlo. En la misma línea observamos la STS nº 114/2008, de 8 de abril¹²⁶.

En sentido contrario la STS nº 1010/2012, de 21 de diciembre¹²⁷ rechaza tal posibilidad, y señala que: *“no puede admitirse tampoco error de prohibición basándose en que no hubo oposición por parte de la mujer a que se aproximara a ella contra lo ordenado por el Juez. No puede ser admitido tal error ante una prohibición tan elementalmente comprensible como lo es la de contravenir una orden expresa del Juez relativa a su obligación de no aproximarse a la mujer maltratada...no puede alegarse error alguno respecto del conocimiento de la obligatoriedad de cumplir lo resuelto por un Juez por encima de los deseos de las partes, pues se trata de un asunto de general conocimiento...”*.

En la misma línea encontramos la SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 1375/2012, de 13 de diciembre¹²⁸ en la que especifica que: *“...se comparte el acertado razonamiento que se recoge por el Juez a quo en la sentencia que se recurre, sin que se puedan aceptar la justificación que se recoge en el escrito de recurso que en modo alguno podría*

¹²⁴ STS nº 61/2010, de 28 de enero, ponente Marchena Gómez, EDJ 2010/12436.

¹²⁵ STS nº 126/2011, de 31 de enero, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2011/16409.

¹²⁶ STS nº 114/2008, de 8 de abril, ponente García Pérez, EDJ 2008/35297.

¹²⁷ Ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2012/303013.

¹²⁸ Ponente Pérez Marugán, EDJ 2012/309383.

sustentar el error que se alega, al conocer perfectamente el acusado...que le estaba prohibido comunicarse con la víctima, que le fue notificado personalmente, en el que se le advertían de las consecuencias del incumplimiento, sin que pueda quedar al arbitrio de las partes el cumplimiento de las resoluciones judiciales, que solo pueden ser modificadas, alteradas en su contenido o suprimidas por los Jueces y Tribunales que las han dictado, y no por las personas afectadas por las mismas...”, y la SAP de Asturias, Sec. 3ª, nº 444/2013, de 10 de octubre¹²⁹ en la que se resalta que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad de la conducta y que no resulta creíble la ignorancia pues está al alcance de cualquiera la obligación de cumplir las resoluciones judiciales.

En mi opinión, sin perjuicio de apreciar alguna excepción muy concreta en atención a las circunstancias concurrentes, no entiendo acertada la admisión del error de prohibición, en primer lugar porque la persona a la que se impone la medida cautelar es informada minuciosamente del contenido y la extensión de aquella, de la duración de la medida, de los recursos que caben contra dicha resolución y de las opciones que caben para dejarla sin efecto, siendo necesario para esto último que se acuerde así por el Juez o Tribunal que la dictó y no por voluntad de las partes, ni siquiera por la voluntad unilateral de la víctima, que tendría que solicitar que la medida cautelar dejara de tener efecto ante la autoridad judicial que la acordó manifestando en una comparecencia con presencia del Ministerio Fiscal y de los abogados de las partes, las circunstancias que creyera conveniente para dejarla sin efecto.

La **última solución** sería considerar a **ambos responsables**, al agresor, como autor de un delito de quebrantamiento, y a la víctima como inductora y cooperadora necesaria del mismo y se apoya en la SAP de Barcelona, Secc. 20ª, nº 196/2007, de 21 de febrero¹³⁰ en la que se señala que: “...*Este Tribunal en numerosísimas sentencias, entre otras la de 4 de marzo de 2006, así lo tiene manifestado y considera que el único cauce legal para paliar el conflicto familiar cuando la persona protegida y la persona sobre la que pesa la pena de prohibición de acercamiento y comunicación, está en la solicitud de indulto parcial del Gobierno de dicha pena y la petición simultanea al*

¹²⁹ SAP de Asturias, Sec. 3ª, nº 444/2013, de 10 de octubre, ponente Domínguez Begega, EDJ 2013/201539.

¹³⁰ Ponente Pérez Maíquez, EDJ 2007/36597.

Tribunal que tramita la ejecutoria de la suspensión de la ejecución de dicha pena mientras se tramita el indulto y que este acceda a la suspensión de la ejecución, y ello con la finalidad de evitar una separación forzosa contraria a la voluntad de la pareja.

No es suficiente para destipificar la conducta con la solicitud al Juez de la ejecutoria de que deje sin efecto la pena de prohibición de acercamiento y convivencia, pues no tiene competencia para acceder a ello ni puede hacerlo por ser contrario a la legalidad. De dicho delito de quebrantamiento de condena es responsable en concepto de autor el acusado Víctor Manuel por haber realizado directamente los hechos constitutivos del mismo conforme al artículo 28 del C.P y también lo es María Virtudes en concepto de inductora y de cooperadora necesaria pues antes de que se reanudaran la convivencia entre ambos pese a la existencia y conocimiento de que se impuso a aquel una pena de prohibición de acercamiento y comunicación con esta en sentencia firme y en ejecución María Virtudes llamó por teléfono a Víctor Manuel proponiéndole la reanudación de la convivencia y éste, que no lo tenía antes resuelto, aceptó la proposición y así reanudar la convivencia...”.

Bajo mi punto de vista es muy difícil admitir esta posición si partimos de que al único al que se le ha requerido de cumplimiento y advertido de la comisión de un delito contra la Administración de Justicia, si no respeta el contenido de la orden de protección, es al agresor y no a la víctima, teniendo en cuenta además que es un delito especial propio y sólo puede ser cometido por la persona sobre la que recae la obligación.

Aún en el supuesto en el que la víctima de forma dolosa quisiera provocar el quebrantamiento de la medida cautelar con una finalidad diferente a reanudar la convivencia con el agresor, nos encontraríamos con que ella no es la destinataria de esa resolución judicial, pues en ningún momento ha sido requerida de cumplimiento.

En términos similares a los empleados por MONTANER FERNÁNDEZ, VILLENA CORTÉS¹³¹ apunta que existen dos tesis contrapuestas, una de ellas que considera responsable a la víctima a título de cooperadora necesaria para el delito de quebrantamiento, al ser determinante su participación para la consumación del hecho típico del art. 468.2 del CP. Esta postura parte de la consideración de que la orden de

¹³¹ VILLENA CORTÉS, B., “La orden de alejamiento...”, ob. cit., pág. 977.

protección se otorga en virtud de una resolución judicial y que, por tanto, no depende de la voluntad de la víctima su cumplimiento y que además, el art. 468.1 del CP habla de “los que quebrantaren “su” condena o medida cautelar”, posesivo que no es utilizado en el art. 468.2 del CP ampliando el sujeto activo propio del mismo hablando de “los que quebrantaren”.

En este sentido encontramos la SAP de Burgos, Secc. 1ª, nº 178/2007, de 27 de julio¹³² en la que se señala que: *“...la efectividad de la medida depende- y esto es lo característico- de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima- en cuya protección se acuerda- de mantener su vigencia siempre y en todo momento. ¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o exconviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquella?*

La segunda posición señalada por VILLENA CORTÉS, está representada por la de quienes entienden que sobre la víctima no pesa ninguna obligación legal de cumplir esa orden de alejamiento, no sólo porque la obligación de no aproximación y de no comunicación recae sobre el agresor, sino porque además la víctima es adulta para valorar la existencia de tal peligro y la necesidad de su protección.

JAVATO MARTÍN¹³³ manifiesta que la respuesta jurisprudencial que se le ha dado a la responsabilidad de la mujer en el quebrantamiento con consentimiento ha sido muy desigual. Así, a favor de la responsabilidad de la mujer señala las SAP de Barcelona, Secc. 20ª, nº 196/2007, de 21 de febrero¹³⁴, citada por MONTANER FERNÁNDEZ, la SAP de A Coruña, Secc. 1ª, nº 175/2006, de 5 de mayo de 2006¹³⁵ y la SAP de Burgos, Secc. 1ª, nº 178/2007, de 27 de julio¹³⁶.

Por otra parte, señala supuestos en los que se ha resuelto a **favor de la impunidad de la mujer** ya por vulneración del derecho a vivir juntos, tesis contenida

¹³² Ponente Redondo Argüelles, EDJ 2007/246557.

¹³³ JAVATO MARTÍN, M., “El quebrantamiento de la prohibición de...”, ob. cit., págs. 144 y ss.

¹³⁴ Ponente Pérez Maíquez, EDJ 2007/36597.

¹³⁵ Ponente Sánchez Jiménez, ROJ: SAP C 997/2006 - ECLI: ES: APC: 2006:997.

¹³⁶ Ponente Redondo Argüelles, EDJ 2007/246557.

en la STS nº 1156/2005, de 26 de septiembre¹³⁷, ya mencionada, por error de prohibición al considerar que la mujer desconocía la ilicitud de su comportamiento, según la SAP de Huesca, Secc. 1ª, nº 188/2005, de 18 de octubre¹³⁸, en atención a su estado psicológico, según la SAP de Segovia, Secc. única, nº 60/2007, de 12 de diciembre¹³⁹, o por imposibilidad de subsumir la conducta en el art. 28.2 del CP, tesis defendida en las Conclusiones de los Seminarios de Fiscales Delegados de Violencia sobre la mujer celebrados en Madrid en noviembre de 2005, Oviedo 2006 y Valencia 2007 en los que se concluye que en los casos en los que se haya producido el quebrantamiento con el consentimiento de la víctima no se pedirá por el Ministerio Fiscal la deducción de testimonio contra ésta al entender que la conducta no es subsumible en los apartados a) y b) del art. 28.2 del CP.

A parte de lo anterior hay que añadir otro criterio seguido por el TS en su sentencia nº 775/2007, de 28 de Septiembre¹⁴⁰, que apuntaba la importancia de diferenciar entre el incumplimiento del alejamiento, mediando consentimiento de la mujer para la aproximación, según que se trate de medida cautelar acordada o de pena impuesta, señalando en su fundamento de derecho 1º que: *“...una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez, que además tiene por objeto, obviamente, una finalidad meramente preventiva, y más aún incluso cuando, además, no diere lugar posteriormente a la producción de ninguno de los ilícitos que precisamente pretendía impedir, y otra, muy distinta, aquella situación, como la presente, en la que, aún contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima, cuando además se propicia, con ese incumplimiento, la comisión de hechos tan graves como los aquí enjuiciados...”*.

¹³⁷ Ponente Giménez García, EDJ 2005/187655. A tal efecto, LÓPEZ DEL MORAL ECHEVARRÍA, J. L., “Quebrantamiento de pena y de medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación. Problemas que plantea el consentimiento de la víctima. Distintos criterios de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, pág. 244. Posteriormente la STS nº 69/2006, de 20 de enero, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2006/11970 respalda la anterior postura.

¹³⁸ Ponente Gutiérrez Celma, EDJ 2005/188758.

¹³⁹ Ponente Jávato Martín.

¹⁴⁰ Ponente Maza Martín, EDJ 2007/175250.

A los efectos de unificar criterios, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 25 de noviembre de 2008, sobre la interpretación del art. 468 del CP en los casos de medidas cautelares, o penas, en los que se haya probado el consentimiento de la víctima, concluye que: *“...Se llega al presente Acuerdo, adoptado por la mayoría de los miembros de la Sala, y que consagra el criterio de la punibilidad de estas conductas desobedientes, con carácter absoluto, bien se trate de incumplimiento de pena o de medida de seguridad y cualquiera que fuere la actitud adoptada por la mujer.*

Quedaría tan sólo abierta la posibilidad, excluyente o minorativa de la responsabilidad criminal, para aquellos supuestos en los que, por la eventual equivocación sufrida en virtud precisamente de la conducta de la víctima, resulte suficientemente acreditada la concurrencia de un error de prohibición, vencible o invencible (art. 14 CP), en el sujeto autor del hecho delictivo.

Mientras que, por otra parte, permanece también en interrogante la valoración jurídico penal del consentimiento de la propia mujer y el carácter, punible o no, de su participación en este ilícito, aunque por de pronto el Ministerio Fiscal ya ha tomado postura ante esta cuestión al decidir no promover acusación alguna contra la mujer que consiente, por estimar que no puede afirmarse, en tales casos, ni la autoría por inducción ni la cooperación necesaria (Circular 3/2003 de la FGE)”.

Esta posición fijada por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 25 de noviembre de 2008 me parece acertada al darse la circunstancia de que al único al que se le ha requerido de cumplimiento y advertido de la comisión de un delito contra la Administración de Justicia, si no respeta el contenido de la orden de protección, es al agresor y no a la víctima, teniendo en cuenta además que es un delito especial propio y sólo puede ser cometido por la persona sobre la que recae la obligación. Coincido plenamente con la manifestación recogida en la STS nº 1156/2005, de 26 de septiembre¹⁴¹, pues las resoluciones judiciales deben cumplirse y no se pueden dejar al arbitrio de un tercero su cumplimiento sin provocar indefensión hacia la otra parte y otorgaría a la víctima un instrumento de poder ni querido ni previsto por el legislador. A los efectos de reducir la posibilidad de que la víctima pueda influir en la persona sobre la que recae la medida cautelar, es conveniente que se le informe adecuadamente de que la vigencia de la medida no depende en modo alguno de la voluntad ni de la conducta de

¹⁴¹ Ponente Giménez García, EDJ 2005/187655.

la víctima y de que la única vía para dejarla sin efecto es mediante otra nueva resolución judicial que así lo acuerde y que, en caso de duda, siempre va a poder consultar la vigencia de la orden de protección, por sí mismo o a través de su representación procesal, el estado de la misma.

Al hilo de lo anterior, en los casos en los que ante la falta de presencia del agresor se acuerde como medida cautelar al amparo del art. 544 bis de la LECrim, la prohibición de aproximación a la víctima e incluso la no comunicación con ella, surgirá el problema que acabamos de estudiar, y la falta de notificación y requerimiento de dicho auto al agresor, planteará muchos problemas a los efectos de poder perseguir dicha conducta como quebrantamiento de medida cautelar, pues quien no conoce una prohibición que pesa sobre él, mal pueda cumplirla.

Por último, el apartado 10º del art. 544 ter ordena que la orden de protección concedida por la autoridad judicial se inscriba en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género¹⁴², regulado en el RD nº 95/2009, de 6 de febrero por el que se regula el Sistemas de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ). Con ello se va a permitir dejar constancia de las mismas, lo que supondrá un instrumento de considerable valor a los efectos de determinar la existencia o no de medidas cautelares vigentes, los órganos judiciales que las acordaron...etc. El art. 2.3c) del Real Decreto señala que dicho Registro tiene por objeto la inscripción de: a) las penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia por delito o falta; b) las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, contra alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del CP y; c) los quebrantamientos de cualquier pena, medida u orden de protección acordada en dichos procedimientos penales.

¹⁴² DELGADO MARTÍN, J., “La orden de protección de las víctimas...”, ob. cit., págs. 11 y 112; GÓNZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A., “Inscripción: Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género”, *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y de género*, Sepín, Las Rozas (Madrid), Noviembre 2014, págs. 217 y ss.; TARDÓN OLMOS, M., “La orden de protección: cuestiones principales”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2010, págs. 7 y 8.; GARCÍA ORTÍZ, L., “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género. Cuestiones derivadas de su aplicación e integración con el resto de medidas cautelares previstas en el ordenamiento”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, pág. 107.

3.3 La dispensa a no declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los delitos de violencia de género

El art. 416 de la LECrim recoge una controvertida dispensa¹⁴³ que supone un muro inquebrantable y que produce, en muchas ocasiones y de forma no deseada, o bien el sobreseimiento de las actuaciones o bien el dictado de una sentencia absolutoria cuando la víctima se niega a declarar, o a no ratificar su declaración inculpativa inicial, y se carecen de otros elementos probatorios (testigos de referencia, informes médicos-forenses...etc.), por el carácter frecuentemente privado en el que se producen los hechos.

El contexto no puede ser más complejo ya que además de no contar con la colaboración de la agredida, ésta queda en una situación aún más difícil¹⁴⁴ pues, además de ser víctima de violencia de género, se encuentra con la incompreensión que provoca su decisión de no declarar, a pesar de haber sido ella misma la que instó el comienzo de

¹⁴³ CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. M., “Violencia de género y dispensa de declarar contra el cónyuge”, *La Ley*, nº 7589, Sección Jurisprudencia del TC, Año XXXII; LÓPEZ TEBAR, E., “La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto del juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar”, *Revista del Poder Judicial*, nº 85, 2007, págs. 197 y ss.; PIÑEIRO ZABALA, I., “La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECrim”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 24, 2011, págs. 91 y ss.; CHACÓN ALONSO, M. T., “Valoración de la declaración de la víctima en los delitos de violencia de género. Situaciones de falta de colaboración de la víctima en el proceso penal. Cuestiones que plantea la interpretación del artículo 416 de la LECrim”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, año 2012; SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., “La dispensa en nuestro ordenamiento penal”, *La Ley*, nº 8430, Sección Tribuna, Año XXXV, 2014; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “La facultad de abstención del deber de declarar por vínculos personales con la persona acusada”, *Colección Estudios de Derecho Judicial*, nº 139, 2007, págs. 191 y ss.; SOLAZ SOLAZ, E., “Contenido y alcance de la dispensa prevista en el art. 416 de la LECrim”, *Colección cuadernos digitales de formación*, 2008; MILLÁN DE LAS HERAS, M. J., “La negativa a declarar de la víctima ex artículo 416 en los supuestos de violencia de género. Posibilidades de amparo de este derecho y supuestos de no permisividad en atención a la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2010; CERÓN HERNÁNDEZ, J. C. y MAGRO SERVET, V., “Una solución ante el problema del uso del art. 416 de la LECrim por la víctima de violencia contra la mujer en el juicio oral: la práctica de la prueba preconstituída con víctimas de violencia de género en el Juzgado de Violencia contra la Mujer”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010; CASTILLEJO MANZANARES, R., “La dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim., a debate”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M., (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista.*, Comares, Granada, 2010, págs. 343 y ss.; SERRANO MASIP, M., “La Instrucción y el enjuiciamiento de delitos de...”, ob. cit., págs. 399 y ss.; BOMBÍN PALOMAR, V., “Problemas penales (procesales y sustantivos)...”, ob. cit., pág. 29 y ss.

¹⁴⁴ MERINO SANCHO, V. M., “El concepto de violencia en la ley orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género. La formalización de la incorporación de género al ordenamiento”, en *Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español: Perspectivas y prospectivas*, Thomson Reuters, 2012, págs. 100 y ss.

las actuaciones¹⁴⁵, y ser en ese momento cuando más ayuda necesita, y todo ello por el conflicto interno que está padeciendo.

A lo anterior se le une la poca unificación jurisprudencial, ni del Tribunal Supremo ni de las Audiencias Provinciales,

En el art. 416 de la LECrim se recoge que:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del art. 261 (hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos).

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido”.

Dicho precepto debe ser puesto en relación con lo previsto en el art. 707 párrafo primero que señala que:

“Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos”.

En cuanto a la **naturaleza jurídica y fundamento de dicha dispensa**, la STS nº 292/2009, de 26 de marzo¹⁴⁶ señala que: *“la razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por revelación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre*

¹⁴⁵ CERÓN HERNÁNDEZ, J. C. y MAGRO SERVET, V., “Una solución ante el problema del...”, ob. cit., pág. 3.

¹⁴⁶ STS nº 1547/2009, de 26 de marzo, ponente Varela Castro, EDJ 2009/38187.

el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el art. 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del art. 18 de la Constitución... ”.

La anterior sentencia se remite a su vez a la STS nº 1208/1997, de 6 de octubre¹⁴⁷, que ya hablaba del fundamento de la dispensa, señalando que: “...*el deber de prestar declaración constituye el deber fundamental del testigo, en torno al cual gira toda la diligencia. Sin embargo, la ley establece determinadas exenciones a dicho deber de declarar... La Constitución dispone que la ley regulará los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente... Y uno de ellos -artículo 416.1º Ley Enjuiciamiento Criminal- es el secreto familiar que tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar... ”.*

Desde el punto de vista doctrinal, y siguiendo la línea jurisprudencial, LÓPEZ TÉBAR¹⁴⁸ sitúa el fundamento en los vínculos de solidaridad existentes entre los integrantes de un mismo círculo familiar y, en particular, en la necesidad de evitar la colisión que puede surgir entre el deber de veracidad del testigo y el deber de fidelidad con su pariente.

Para MILLÁN DE LAS HERAS¹⁴⁹ este derecho suele justificarse desde el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar silencio y el mismo fundamento es el que justifica la exención de responsabilidad penal ante la eventual imputación de responsabilidad criminal a título de encubrimiento. Según la misma, el Juez debe advertirle que no tiene obligación de declarar contra el procesado, pero que puede hacer las manifestaciones que considere convenientes.

Yo añadiría algo más y es que también se le debe advertir de la obligación que tiene de ser veraz, pues no deja de ser un testigo de los hechos, y que en caso de faltar a la verdad se podrá proceder contra ella por falso testimonio tipificado en los art. 458 y siguientes del CP, es decir, no tiene obligación legal de declarar pero si lo hace tiene que decir la verdad.

¹⁴⁷ STS nº 1208/1997, de 6 de octubre, ponente Moner Muñoz, EDJ 1997/8206.

¹⁴⁸ LÓPEZ TÉBAR, E., “La negativa de la víctima a...”, ob. cit., págs. 197 y ss.

¹⁴⁹ MILLÁN DE LAS HERAS, M. J., “La negativa a declarar de la víctima...”, ob. cit., págs. 5 y 6.

En mi opinión, el fundamento de dicha dispensa no se encuentra en la garantía del acusado frente a las fuentes de prueba, sino de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de declarar, para que no lo hagan en contra de su pariente, en atención a que no es posible someter al familiar del acusado a la tesitura de declarar la verdad de lo que conoce y que podría incriminarle, o faltar a la verdad y afrontar la posibilidad de ser perseguido por un delito de falso testimonio, por lo que además, entiendo que para que la misma tenga sentido, la relación de parentesco alegada y que justifica la dispensa, no debe haber cesado.

La problemática no se plantea cuando la víctima decide no personarse en el procedimiento penal como acusación particular, pues en este caso nos encontramos con delitos perseguibles de oficio y con una acusación que será mantenida por el Ministerio Fiscal, sino cuando la víctima se niega a declarar y, por consiguiente, a mantener, ya ante el Juzgado de Instrucción, ya ante el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, una versión de los hechos y una denuncia que formuló en dependencias policiales o en instancias judiciales previas y existan indicios de que la mujer está siendo víctima de la violencia de género.

Al respecto hay que preguntarse si existe algún **límite a esta dispensa** y si las mujeres víctimas de violencia de género que han requerido la asistencia policial, han solicitado una orden de protección o han denunciado voluntariamente los hechos seguirían teniendo ese derecho.

Inicialmente el Ministerio Fiscal formulaba protesta en los casos en los que a la víctima se le advertía del derecho que tenía a no declarar contra su cónyuge o pareja sentimental, cuando había contado espontáneamente a la policía lo sucedido, había formulado denuncia contra su agresor o solicitado orden de protección al entender que en esos supuestos ya no tenía derecho a la dispensa legal del art. 416 de la LECrim, de conformidad con lo resuelto en las STS nº 625/2007, de 12 de julio¹⁵⁰, STS nº 1225/2004, de 27 de octubre¹⁵¹, ATS nº 240/2009, de 29 de enero¹⁵², STS nº 1225/04,

¹⁵⁰ STS nº 625/2007, de 12 de julio¹⁵⁰, resolviendo el recurso nº 10015, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 2007/104561.

¹⁵¹ STS nº 1225/2004, de 27 de octubre, ponente Giménez García, resolviendo recurso nº 1595/2003, EDJ 2004/183487.

¹⁵² Ponente Prego de Olivar y Tolivar, resolviendo el recurso nº 716/2008, EDJ 2009/13686.

de 27 de octubre¹⁵³ y AAP de Madrid, Secc. 26ª, nº 1988/09, de 30 de Septiembre y nº 2063/2009 de 7 de octubre¹⁵⁴, entre otras¹⁵⁵.

No obstante lo anterior, el **criterio jurisprudencial mayoritario** es el de considerar **obligatorio informar a la víctima tanto en sede policial y judicial**, como en la fase de instrucción o en el plenario, de la dispensa del art. 416 LECrim, produciéndose la nulidad de la declaración prestada y la consiguiente imposibilidad de su valoración por el juzgador cuando no se haya informado a la víctima de este derecho¹⁵⁶ y sin que se puedan utilizar las declaraciones prestadas por la misma como prueba de cargo al amparo del art. 714 de la LECrim.

En ese sentido la STS nº 13/2009, de 20 de enero¹⁵⁷ recoge que “...*cuando declaran como testigos los familiares a los que se refiere el artículo 416.1 de la LECrim, una de las garantías que deben ser observadas en sus declaraciones reside en la previa advertencia de su derecho a no declarar contra el procesado, así como acerca de que la ley, aún no prestando declaración como tal, le permite realizar las manifestaciones que considere oportunas. En realidad no se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado al que le une el vínculo familiar. Es cierto que si decide declarar debe ajustarse a la verdad, es*

¹⁵³ Ponente Jiménez García, EDJ 2004/183487.

¹⁵⁴ En idéntico sentido AAP de Madrid, Secc. 26ª, nº 2063/2009, de 7 de Octubre, ponente Pereira Penedo, EDJ 2009/312852; STS nº 625/2007, de 12 de julio de 2007, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 2007/104561 que señala que: “*En el presente caso no existe tal presupuesto en la medida que fue Yolanda quien espontáneamente acudió a la Comisaría de Alcázar de S. Juan... denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia, es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el recurrente... Ninguna tacha puede efectuarse a tal declaración que, por ello, es susceptible de ser valorada e integrar la actividad de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia*”; por tanto, si la propia víctima es denunciante, solicitante de la OP o si requirió el auxilio policial no se le debe permitir acogerse a la dispensa que prevé el art. 416 de la LECrim...”;

¹⁵⁵ Como la STS nº 101/08, de 20 de febrero, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2008/25613.

¹⁵⁶ Véanse al efecto la STS nº 385/07, de 5 de mayo, resolviendo el recurso nº 2154/06, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2007/32808, en la que se señala que: “...*El deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416.1º LECrim alcanza no sólo al Juez, sino también a la policía, declarando prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía y no fue advertida ni de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar, por lo que el Tribunal determinó que tal omisión acarrea la nulidad de las restantes pruebas y la absolución del acusado*...”

¹⁵⁷ Ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2009/11753.

decir, no está autorizado a mentir a favor del procesado, pero también lo es que no está constreñido a declarar en su contra...”¹⁵⁸.

La STS nº 160/2010, de 5 de marzo¹⁵⁹ exige que se informe a la víctima de la dispensa a no declarar en los tres momentos procesales en los que pueda participar como testigo: 1) en la fase prejudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el art. 261 LECrim, salvo en algunos casos de "denuncia espontánea", 2) cuando declare ante el JVM instructor, donde se le debe informar del art. 416 LECrim y, 3) en el acto de plenario, a tenor de lo dispuesto en el art. 707 de la LECrim. Además, añade que el hecho de que la víctima no utilice el derecho a no denunciar o no declarar en alguna de estas declaraciones, no debe suponer una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una fase ulterior.

Desde un punto de vista doctrinal, LÓPEZ TÉBAR¹⁶⁰ sostiene que la dispensa de la obligación de denunciar y de declarar por razón de parentesco está pensada para delitos ajenos a la violencia en el entorno familiar, entendiendo que la interpretación que se hace hoy en día de la misma resulta ilógica y carente de sentido al no haber podido prever el legislador decimonónico la aplicación actual del art. 416 de la LECrim. Además defiende la opción de que la testifical de la víctima se pueda realizar como prueba anticipada, garantizando oportunamente la contradicción de la misma, para poder luego ser introducida en el plenario, en base al art. 730 de la LECrim.

GÓMEZ VILLORA¹⁶¹ admite la posibilidad de introducir el testimonio dado por la víctima de violencia de género en fase de instrucción, equiparándola a otra prueba más, al amparo del art. 730 de la LECrim, siempre que se hubiera efectuado la

¹⁵⁸ En la misma se añade que: “...Por otra parte, con carácter más general, el artículo 418 de la misma Ley, que no se refiere directamente al procesado, exime al testigo, con las excepciones que contempla, de la obligación de declarar respecto de cualquier pregunta cuya contestación pueda perjudicar de una forma directa e importante, en términos de dicho artículo, ya a la persona ya a la fortuna de cualquiera de los parientes a los que se refiere el artículo 416, lo que sin dificultad puede extenderse al procesado. Parece que si esta posibilidad se reconoce a quien está obligado a declarar debe asimismo reconocerse a quien declara por propia iniciativa...”.

¹⁵⁹ Ponente Berdugo y Gómez de la Torre, resolviendo el recurso nº 2209/2009, EDJ 2010/14220.

¹⁶⁰ LÓPEZ TEBAR, E., “La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto de juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar”, *Revista del Poder Judicial*, nº 85, 2007, pág. 212.

¹⁶¹ GÓMEZ VILLORA, J. M., “Cuestiones prácticas en la instrucción de los delitos de violencia contra la mujer, con especial referencia a la Jurisprudencia emitida en estos tipos de delitos”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007, pág. 186.

advertencia del art. 416 de la LECrim, la víctima hubiera renunciado a la misma y se hubiera respetado el principio de contradicción, por medio de la presencia del letrado defensor con posibilidad de intervenir en el interrogatorio. Lo contrario, señala, sería reconocer un derecho de no penetración del derecho penal en el ámbito familiar, aún en los delitos públicos y semipúblicos. Advierte, igualmente, que el art. 416 de la LECrim no está concebido para proteger al reo sino para evitar que el testigo pase por el trance doloroso de soportar el conflicto personal, entre la obligación de declarar y el apego o afecto que profesa al acusado.

BOMBÍN PALOMAR¹⁶² consideraría apropiada la modificación del art. 416 de la LECrim al entender que es contrario al espíritu de la Ley, pues afecta a la propia seguridad y protección de la víctima y, además, se utiliza como fraude de ley, especialmente en aquellos supuestos en los que se emplea como arma de negociación económica.

CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO¹⁶³ entiende que prescindir de la declaración de la víctima, por el hecho de que no se le informara de su derecho de dispensa del art. 416 de la LECrim, supone una decisión arbitraria e irracional derivada de un entendimiento rigorista carente de todo sentido.

En sentido contrario a la anterior postura, CASTILLEJO MANZANARES¹⁶⁴ postula la declaración de nulidad de lo actuado en aquellos casos en los que siendo la víctima testigo de los hechos, no se le haya informado oportunamente del derecho de dispensa del art. 416 de la LECrim, por cuanto que no sólo existe un conflicto de deberes o sentimientos, sino que también afecta a la debida protección del imputado, quien puede ser condenado en base a un testimonio que no desea incriminarle y que no tiene obligación de hacerlo, aunque sin que alcance dicha dispensa a la facultad de hacer traer al proceso por la vía del 730 de la LECrim las declaraciones prestadas por la víctima en instancias judiciales anteriores, eso sí, previa instrucción de los arts. 416 y 418 de la LECrim.

¹⁶² BOMBÍN PALOMAR, V., “Problemas penales (procesales y sustantivos)...”, ob. cit., pág. 45.

¹⁶³ CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. M., “Violencia de género y dispensa de...”, ob. cit., pág. 4.

¹⁶⁴ CASTILLEJO MANZANARES, R., “La dispensa del deber de declarar del...”, ob. cit., págs. 347 a 351.

CAMARERO BENÍTEZ¹⁶⁵ rechaza la posibilidad de modificar el art. 416 de la LECrim para eliminar “la dispensa familiar”, al considerar incompatible la misma con la situación real de la mujer, víctima de violencia en el momento en que toma la difícil decisión de presentar denuncia contra su pareja, aunque admite que es una cuestión no resuelta y reclama soluciones por parte de los juristas especializados.

SERRANO MASIP¹⁶⁶ recuerda la importancia de que se informe a la víctima en dependencias policiales a la hora de presentar la denuncia del derecho de dispensa del art. 416 de la LECrim a los efectos de evitar la ineficacia de su declaración.

CERÓN HERNÁNDEZ y MAGRO SERVET¹⁶⁷ no entienden admisible, con carácter general, la lectura de la declaración de la víctima de violencia de género, al amparo del art. 730 LECrim, pues defienden que aunque la ley contemple esta opción, la misma debe confrontarse con el art. 416 LECrim, teniendo en cuenta además que las víctimas tienen la obligación de acudir al señalamiento del juicio y sólo por las circunstancias recogidas en el art. 730 LECrim, es decir, por causas independientes de la persona que declara, podrá prescindirse de su declaración, pues de otro modo, en caso de interposición de recurso podría decretarse la nulidad de la declaración incorporada de esta forma.

No obstante lo anterior, defienden que una de las soluciones a las que se puede acudir es a practicar dicha declaración, con carácter preconstituído, y que pueda ser reproducida posteriormente en el acto de plenario, poniendo de relieve la necesidad de evitar la victimización secundaria de la víctima.

A lo anterior me atrevería a replicar diciendo que si bien es cierto que hay que evitar la victimización secundaria de la víctima, ¿no nos hemos planteado que dicha victimización ya se produce si ante la negativa de la misma a declarar, ésta no obtiene la reparación que ha interesado de los tribunales de justicia cuando acudió a los mismos?

En mi opinión no deja de ser frustrante que quien ha puesto en marcha toda una maquinaria procesal instando una protección y dando a conocer unos hechos, que van a

¹⁶⁵ CAMARERO BENÍTEZ, “Aspectos sustantivos penales y civiles...”, ob. cit., págs. 83 y 84.

¹⁶⁶ SERRANO MASIP, M., “La Instrucción y el Enjuiciamiento de delitos de...”, ob. cit., pág. 399.

¹⁶⁷ CERÓN HERNÁNDEZ, J. C. y MAGRO SERVET, V., “Una solución ante el problema del uso del...”, ob. cit., pág. 13.

ser investigados, aunque no se constituya en acusación particular, posteriormente no quiera mantener su declaración, aún poniendo en riesgo su propia seguridad. Por ello entiendo que sería conveniente para la protección de la propia víctima, que su declaración prestada en la fase de instrucción ante el JVM pudiera hacerse valer por la vía del art. 730 de la LECrim, previa una reforma de dicho precepto, pues actualmente no siempre se permite dicha solución al recogerse en el mencionado artículo que:

“Podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

La dificultad se centra en que este precepto habla de “causas independientes de la voluntad de aquellas” y en estos casos es la víctima quien por su sola voluntad decide no hablar, por lo que de introducir la declaración de la víctima en el acto de plenario a través de este precepto, se estaría realizando en fraude de ley.

Por otra parte considero que la dispensa del art. 416 de la LECrim tiene una finalidad completamente distinta que la se realiza en el seno de procedimientos de violencia de género, cual es, evitar el falso testimonio para aquellos procedimientos en los que son llamados a declarar en calidad de testigo pero no víctimas, sin olvidar que como víctima tiene un carácter privilegiado en su declaración al haber tenido contacto directo con los hechos en dicha condición¹⁶⁸ y sin que a la misma se le deba dar la facultad de disponer del objeto de proceso.

El que la víctima no declare conllevará que en el acto de juicio se tenga que acudir a otros elementos probatorios, como son: otros testigos directos o de referencia que pueden ser familiares, amigos, otros habitantes de la vivienda, vecinos, médicos de los servicios de urgencias al que acudió para recibir asistencia médica, agentes de policía, partes médicos, informes forenses...etc., que permitirán que el Juez forme su convicción respecto de los hechos.

No debe olvidarse tampoco que la dispensa del art. 416 de la LECrim, si es utilizada por la víctima en el acto de plenario, implicará una falta de persistencia en la

¹⁶⁸ A tal efecto, SOLAZ SOLAZ, E. “Contenido y alcance de la dispensa...”, ob. cit., pág. 4 a 11.

incriminación que debe ser también valorada por el órgano judicial a la hora de dictar sentencia¹⁶⁹.

En aquellos casos en los que la única prueba con la que se cuente sea la declaración de la víctima y esta se acoja al derecho a no declarar contra su cónyuge o pareja sentimental, conllevará inevitablemente el dictado de una sentencia absolutoria por falta de prueba que desvirtúe el principio de presunción de inocencia si no se admite la lectura de la misma en base al art. 730 de la LECrim, y siempre y cuando la misma se prestara con contradicción en la fase instructora, en presencia del letrado del acusado.

Al respecto, el CGPJ en su Informe del grupo de expertos en violencia doméstica y de género de 11 de enero de 2011, proponen una reforma legislativa que incluya una nueva redacción del art. 416 de la LECrim para que la dispensa no resulte de aplicación a las víctimas y/o perjudicados por el delito que se persiga, no solo por violencia de género, y de forma complementaria, la posibilidad de excluir a las mismas como testigos en el acto de juicio oral cuando optaren, para exonerar a su agresor, por mentir a favor de éste y ello con la finalidad de impedir que puedan ser perseguidas por un delito de falso testimonio por las manifestaciones que hicieren en el plenario.

Al respecto, CASTILLEJO MANZANARES¹⁷⁰ no comparte, en absoluto, que si se procediera a la modificación del art. 416 de la LECrim versare la reforma para evitar que las víctimas de violencia de género pudieran acogerse a tal dispensa sino que

¹⁶⁹ En ese sentido STC nº 229/1991, de 28 de noviembre, ponente López Guerra, EDJ 1991/11320; STS nº 113/1994, de 1 de febrero, ponente Montero Fernández-Cid, EDJ 1994/750; STS de 7 de marzo de 1994, ponente Conde-Pumpido Ferreiro, EDJ 1994/2044 y STS 112/1999, de 30 de enero, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 1999/226, entre otras, en las que se recogen los requisitos que debe reunir la declaración de la víctima para ser considerada como prueba de cargo: 1) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espúreo, de resentimiento, venganza o enemistad, que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatória asentada sobre bases firmes. 2) Verosimilitud del testimonio, que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso y 3) persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. La STS nº 602/2001, de 9 de abril de 2001, resolviendo el recurso 647/2000, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2001/7914, desarrolla ampliamente los anteriores requisitos.

¹⁷⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Problemas que plantea la actual aplicación de la Ley Integral”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M., (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista.*, Comares, Granada, 2010, pág. 99.

entiende deseable que la reforma se extendiera a todas las víctimas, en general, de cualquier hecho delictivo.

El informe mencionado propone otra reforma legislativa que permita introducir la declaración inculminatoria realizada por la víctima durante la instrucción de la causa y que cuando es llamada a declarar en el juicio oral opta por acogerse a la dispensa del art. 416 de la LECrim mediante introducción de un nuevo art. 730 bis con este posible contenido:

“Podrán leerse, también, a instancia de cualquiera de las partes, en el juicio oral, las declaraciones que hubiesen efectuado, en la instrucción de la causa, los testigos víctimas o perjudicados por el delito, que se acogieren en dicho acto a la dispensa de prestar declaración que se establece en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Sin duda alguna hay que alabar la propuesta realizada por el CGPJ a través de este Informe del Comité de Expertos pues permitiría zanjar, de una vez por todas, los problemas que conlleva el que la víctima no quiera prestar declaración contra su agresor por el conflicto interno que ello le supone. Hay que resaltar que el texto propuesto por el Comité de Expertos no se ciñe solo a las víctimas de violencia de género sino que al hablar, en general, de “víctimas testigos o perjudicados” amplía notablemente su ámbito de aplicación.

Respecto al **círculo de personas que pueden ampararse en el mismo**, si atendemos al tenor literal de dicho precepto el mismo se refiere al *cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial* pero, ¿qué debe entenderse por persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial? ¿Qué ocurre en los casos de divorciados? ¿Y en el de novios? En mi opinión dicha dispensa debe ser interpretada restrictivamente y si en dicho precepto se equipara al cónyuge a aquella persona que está unida a otra de forma análoga, deberían excluirse los supuestos de excónyuges (por divorcio), los supuestos de ruptura en las parejas sentimentales, con convivencia, en estos dos casos por no estar vigente la relación sentimental, y los supuestos de parejas sentimentales en los que no exista una proyección futura e inmediata de vida en común, ya porque no exista convivencia (novios), ya porque la misma sea de corta duración, pues no considero que sean equiparables a una relación análoga a la matrimonial. Además definiendo que la situación de parentesco alegada debe darse cuando se produce la necesidad de declarar y estar vigente en ese momento pues si la dispensa tiene por

finalidad resolver el conflicto que puede plantearse entre decir la verdad y el vínculo de solidaridad que une a la víctima con su agresor, entiendo que el mismo debe estar vigente para que tenga sentido la dispensa.

Con anterioridad a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, no se incluían las parejas de hecho análogas a la matrimonial, aunque dicha equiparación se produjo jurisprudencialmente, como buena prueba de ello fueron las STS nº 292/2009, de 26 de marzo, resolviendo recurso nº 11433/2008¹⁷¹, STS nº 134/2007, de 22 de febrero, resolviendo recurso nº 10712/2006¹⁷² y la STS Nº 101/2008, de 20 de febrero, resolviendo recurso nº 1433/2007¹⁷³, entre otras, que equiparaban al cónyuge a la pareja sentimental de hecho. En la primera de ellas, la de 26 de marzo de 2009, se da un paso más y se señala en la misma que: *“Los sujetos eximidos de la obligación de declarar por este precepto legal pueden acogerse a esta dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado”*.

La STS nº 17/2010, de 26 de enero¹⁷⁴, resolviendo el recurso nº 10615/2009, no admite la dispensa en los casos en los que se haya roto la relación de parentesco señalando que *“la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado. En este sentido la STS núm. 164/2008, de 8 de abril EDJ 2008/41657”*.

En sentido contrario, MILLÁN DE LAS HERAS¹⁷⁵ considera necesario, para que la víctima pueda acogerse a la dispensa del art. 416, que la misma mantenga una relación sentimental con convivencia *more uxorio* sin admitir que la dispensa pueda extenderse a las relaciones de noviazgo por no equipararse al matrimonio.

¹⁷¹ Ponente Varela Castro, EDJ 2009/38187.

¹⁷² Ponente Giménez García, EDJ 2007/18033.

¹⁷³ Ponente Martínez Arrieta, EDJ 2008/25613.

¹⁷⁴ Ponente Ramos Gancedo, EDJ 2010/12444.

¹⁷⁵ MILLÁN DE LAS HERAS, M. J., “La negativa a declarar de la víctima ex art. 416 de la LECrim en los supuestos de violencia de género. Posibilidades de amparo de este derecho y supuestos de no permisividad en atención a la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010, págs. 7 y 8.

LÓPEZ TEBAR¹⁷⁶ incluye como beneficiaria de este derecho a la mujer casada o separada legalmente o de hecho pero no así la divorciada al haberse extinguido la relación conyugal. Además de las anteriores, a la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad aún sin convivencia.

En cuanto a las **vías alternativas para paliar la falta de prueba** que provoca que la víctima no quiera declarar, CERÓN HERNÁNDEZ y MAGRO SERVET¹⁷⁷ proponen una reforma legal que permita que las declaraciones de las mujeres víctimas de violencia de género, se lleven a cabo tan solo como prueba preconstituida, o bien que se haga extensivo un Protocolo que lo aconseje en estos casos, articulando un sistema de prueba que sea respetuoso con los principios de contradicción e inmediación del proceso penal, grabando dicha declaración para su posterior reproducción el día del juicio. Todo ello a los efectos de evitar la victimización secundaria de la víctima y al amparo del art. 777.2 de la LECrim.

LÓPEZ TÉBAR¹⁷⁸ señala, como alternativa, la práctica ante el Juez de Instrucción de la prueba testifical con carácter anticipado. No obstante, creo que dicho autor se está refiriendo a su práctica con carácter preconstituido, puesto que la prueba anticipada sólo la puede practicar el órgano judicial encargado de celebrar el juicio oral, conforme el art. 657 de la LECrim en relación con el art. 649 y siguientes de dicho texto legal.

Al respecto SOLAZ SOLAZ¹⁷⁹, refiriéndose al supuesto en que la víctima ha prestado declaración sumarial, generalmente inculminatoria, y luego hace uso en el juicio oral de la dispensa que le confiere el art. 416 de la LECrim, entiende que la disponibilidad del testigo para contestar o no a las preguntas que se le formulen en el acto del juicio no alcanza a la facultad de hacer desaparecer sus declaraciones prestadas en instancias anteriores, aunque sí pueden constituir prueba de cargo si son introducidas en el plenario, alcanzando mayor credibilidad si están corroboradas por otros elementos probatorios. En cuanto a otras alternativas, señala que sólo se podrá tener en cuenta la

¹⁷⁶ LÓPEZ TEBAR, E., “La negativa de la víctima a...”, ob. cit., págs. 203 y ss.

¹⁷⁷ CERÓN HERNÁNDEZ, J. C. y MAGRO SERVET, V., “Una solución ante el problema del uso del...”, ob. cit., págs. 4 y 5.

¹⁷⁸ LÓPEZ TEBAR, E., “La negativa de la víctima a...”, ob. cit., págs. 214 a 217.

¹⁷⁹ SOLAZ SOLAZ, E. “Contenido y alcance de la dispensa...”, ob. cit., pág. 36.

declaración del testigo de referencia, como prueba de cargo, cuando resulte imposible materialmente la comparecencia al juicio oral del testigo directo, lo que no se produce cuando la víctima se acoge al derecho del art. 416 de la LECrim.

En mi opinión y como ya adelanté, sería deseable que se procediera a reformar los arts. 416 y 730 de la LECrim, de forma que se permitiera hacer valer las declaraciones que las víctimas de violencia de género hubieran vertido durante la fase de instrucción para evitar el alto índice de sentencias absolutorias que se viene produciendo en los últimos años a consecuencia de que la víctima no quiera declarar contra el agresor por los vínculos familiares que le unen o unían al mismo.

3.4 Justicia restaurativa y violencia de género

La concepción del Derecho Penal como mecanismo de acción social y la creencia errónea de que podía solucionar gran parte de los problemas sociales, desembocó en la crisis del Derecho Penal¹⁸⁰ y de la política resocializadora¹⁸¹ que, junto a la eclosión de la victimología como nueva disciplina, propició la búsqueda de otros medios más humanos de justicia penal¹⁸², en el que se pudiera dar más protagonismo a la víctima y restablecer la paz social afectada por el hecho cometido: la Justicia Restaurativa.

Según RÍOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ, BIBIANO GUILLÉN y SEGOVIA BERNABÉ¹⁸³, se **define**, en sentido amplio, como “*la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los diferentes afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las*

¹⁸⁰ GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, R., “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado”, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 15, 1996, págs. 55 y 56; ALONSO SALGADO, C., y TORRADO TARRÍO, C., “Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿una combinación posible?”, en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pág. 581.

¹⁸¹ GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., “La mediación en el sistema de...”, ob. cit., págs. 57 y 58.

¹⁸² ALONSO SALGADO, C., y TORRADO TARRÍO, C., “Violencia de género...”, ob. cit., págs. 582 y 583.

¹⁸³ RÍOS MARTÍN, J. C.; PASCUAL RODRÍGUEZ, E.; BIBIANO GUILLÉN, A., y SEGOVIA BERNABÉ, J. L., “La mediación penal”, en *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2008, pág. 31.

necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”.

Respecto a los orígenes de la Justicia Restaurativa, podemos encontrar ejemplos tanto en la Biblia como en los Evangelios en los que se pretende la corrección del delincuente y evitar su muerte¹⁸⁴. Más modernamente el **precedente** más inmediato más destacable lo podemos situar en 1974 en Ontario, Canadá, cuando se dictó la primera sentencia en el seno de un procedimiento que promovió el encuentro entre unos jóvenes acusados de vandalismo y las víctimas de sus actos delictivos, con el fin de conseguir la reparación del daño producido. Posteriormente podemos encontrar ejemplos en 1977 en Reino Unido, en 1978 en Elkhart (Indiana), Estados Unidos, hasta que progresivamente se fue implantando en otros países como Holanda, Alemania y Austria, en los años 80, en Francia, Bélgica, Italia y España, entre otros, en los años 90¹⁸⁵, hasta llegar al Congreso Internacional de Criminología de Budapest en 1993, en el que se impulsó el término justicia restaurativa¹⁸⁶.

Hay que destacar que la mediación penal surge en el marco de la justicia reparadora fundamentalmente en los países anglosajones, donde su sistema penal se encuentra menos vinculado con el principio de legalidad¹⁸⁷.

A nivel europeo, ya la Recomendación R (85) 11, de 28 de junio de 1985, sobre la Posición de la Víctima en el marco del Derecho Penal y del Procedimiento Penal aconseja a los estados miembros sobre las ventajas que pueden tener los sistemas de mediación y conciliación.

¹⁸⁴ RÍOS MARTÍN, J. C.; PASCUAL RODRÍGUEZ, E.; BIBIANO GUILLÉN, A., y SEGOVIA BERNABÉ, J. L., “La mediación penal...”, ob. cit., págs. 32 y ss.

¹⁸⁵ ALONSO SALGADO, C., y TORRADO TARRÍO, C., “Violencia de género...”, ob. cit., pág. 582, RÍOS MARTÍN, J. C.; PASCUAL RODRÍGUEZ, E.; BIBIANO GUILLÉN, A., y SEGOVIA BERNABÉ, J. L., “La mediación penal...”, ob. cit., págs. 34 y 35; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., “La mediación en el sistema de...”, ob. cit., pág. 67.

¹⁸⁶ ALONSO SALGADO, C., y TORRADO TARRÍO, C., “Violencia de género...”, ob. cit., pág. 583.

¹⁸⁷ CRUZ PARRA, J. A., *La mediación penal. Problemática y soluciones*, Autopublicaciónlibros.com, Granada, 2013, pág. 225.

La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal establecía en su art. 10.1 que: *“Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”* y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la anterior, regula en su art. 12 el derecho a garantías en el contexto de los servicios de la justicia reparadora.

La Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros, define la mediación como: *“todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si libremente así lo consienten, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con ayuda de un tercero independiente, el mediador”*.

En España la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación de asuntos civiles y mercantiles define la mediación en su art. 1 como *“aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”*.

Desde un punto de vista doctrinal, MARTÍNEZ ESCAMILLA¹⁸⁸ da una definición de justicia restauradora como la que *“promueve una solución dialogada al conflicto, solución que tendría como finalidad la reparación del daño causado a la víctima y la pacificación social”* y para conseguir dicha finalidad se vale de un instrumento: la mediación que consiste en que *“un tercero posibilita un espacio de diálogo donde las partes, siempre de forma voluntaria, pueden intercambiar sus puntos de vista y llegar a un acuerdo”*.

¹⁸⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?, en GARCÍA VALDÉS, C., MARISCAL DE GANTE, M. V., CUERDA RIEZU, A. R., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 466 y 467.

Según RÍOS MARTÍN y OLALDE ANTAREJOS¹⁸⁹ *“la mediación penal, en sentido amplio, consiste en el método de resolver conflictos que, debidamente incorporado al proceso penal, atiende prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por aquellos, devolviéndoles una parte de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización de la persona infractora y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas a la víctima por la infracción penal”*.

ORDEÑANA GEZURAGA¹⁹⁰ entiende por mediación penal *“el mecanismo en el que las partes del conflicto penal, infractor y víctima, protagonizan la resolución de aquél, con la ayuda de un tercero imparcial, antes, durante o después del proceso penal; apoyándose, al efecto, en el diálogo y entendimiento recíproco dando voz a la víctima y responsabilizando al delincuente, al tiempo que se ofrece a éste último la oportunidad de reparar el daño causado a aquélla, contribuyendo así a la mejora del sistema jurisdiccional”*.

Para MARTÍN DIZ¹⁹¹ la mediación penal consistirá en *“un sistema de resolución de un delito o falta en el cual las partes, agresor y víctima, sin imposición de penas, acuerdan la reparación de los daños causados, tanto morales como materiales, a consecuencia de la asunción de la responsabilidad del hecho delictivo por parte del agresor, la manifestación de su arrepentimiento a la víctima así como la propuesta de rehabilitación de su conducta”*.

VILAPLANA RUÍZ¹⁹² señala que la mediación *“es un procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos en el que con la participación e intervención de la*

¹⁸⁹ RÍOS MARTÍN, J. C., y OLALDE ANTAREJOS, A., “Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”, *Revista de Mediación*, año 4, nº 8 segundo semestre, 2011, pág. 11.

¹⁹⁰ ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Mediación penal: La alternativa jurisdiccional que funciona”, *XVII Congreso de Estudios Vascos: Gizarte aurrerapen iraunkorrerako berrikuntza= Innovación para el progreso social sostenible*, Donostia, 2012, págs. 1941 y 1942.

¹⁹¹ MARTÍN DIZ, F., “Resolución alternativa de conflictos penales” en <http://www.criminologia.org.es/aportaciones/primeros/conflictos.pdf>, última visita el 2 de marzo de 2015, pág. 9.

¹⁹² VILAPLANA RUÍZ, J., “Mediación y violencia de género”, *La Ley*, nº 8340, Sección Tribuna, Año XXXV, 2014, pág. 2.

persona del mediador se facilita la comunicación, el diálogo y la negociación, todo ello al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto”.

Bajo mi punto de vista la mediación penal se podría definir como *“aquel proceso alternativo al judicial al que las partes, víctima y delincuente, acuden de manera voluntaria y en condiciones de igualdad, para resolver, con la ayuda de un tercero, mediador, el conflicto surgido a consecuencia del hecho delictivo cometido por una de ellas”.*

MARTÍN DIZ ¹⁹³ sitúa las **características** de la mediación penal en las siguientes notas: 1) voluntariedad, pues las partes son libres de acudir, de no acudir o de desistir de la mediación, 2) equilibrio e igualdad, 3) confidencialidad, todo lo actuado en el seno del procedimiento de mediación queda reservado a las mismas, salvo acuerdo expreso en contrario, 4) carácter personalísimo, sin que puedan estar representadas por un tercero, 5) oralidad, 6) sencillez y flexibilidad, 7) buena fe, representada por la voluntad de las partes de acudir con intención de llegar a una solución, 8) respeto al derecho, sin que las partes puedan acordar solución alguna contraria a la ley y, 9) asistencia jurídica, posible pero no necesaria.

En cuanto al **ámbito objetivo** de aplicación de la mediación penal, ALONSO SALGADO y TORRADO TARRÍO ¹⁹⁴ admiten la existencia de dos tendencias contrapuestas: la primera que postula que dependerá del tipo penal y de la entidad de la pena la admisión de la mediación y, la segunda que aboga porque la mediación pueda ser un recurso accesible a todo tipo de delitos y faltas, respaldando las autoras esta última posición.

En mi opinión y a pesar de que se señale por las autoras citadas, que negar la mediación a todo tipo de hechos delictivos conlleva privar a la víctima de los efectos positivos de la mediación, no entiendo admisible su aplicación universal pues no en todos los hechos delictivos se cumple el principio de igualdad y de libertad que debe regir el proceso de mediación, poniendo de manifiesto además, que habrá supuestos en los que la víctima del delito sea toda la sociedad, no exista una víctima concreta, sea un

¹⁹³ MARTÍN DIZ, F., “Resolución alternativa de...”, ob. cit., pág. 10.

¹⁹⁴ ALONSO SALGADO, C., y TORRADO TARRÍO, C., “Violencia de género...”, ob. cit., págs. 589 y 590.

delito contra la Administración de Justicia o se trate de supuestos en los que se excluya expresamente la posibilidad de acudir al mismo, como es el caso de los delitos relacionados con la violencia de género en el que el art. 44.5 de la LIVG veda esta facultad.

En cuanto a las **partes** que intervienen en el proceso de mediación se distinguen los siguientes: Víctima, victimario y mediador.

Respecto a la **víctima**, con la mediación adopta un papel protagonista y activo en la resolución de su propio conflicto superando la victimización secundaria que su contacto con la Administración de Justicia y sus expectativas frustradas le pueden provocar e incrementándose las posibilidades de resarcimiento moral y material que le haya sido ocasionado¹⁹⁵.

Desde la perspectiva del **victimario**, la mediación penal le enfrenta con las consecuencias reales de sus hechos y hace que se coloque en la posición de la víctima favoreciendo también la rehabilitación real del mismo¹⁹⁶ y destacando también su gran potencial como instrumento de prevención general positiva¹⁹⁷. En contraposición entiendo que no todas las personas están facultadas para asumir este rol, pensemos, por ejemplo, el caso de delincuentes con una grave psicopatía o de enfermos mentales que no tienen consciencia del hecho cometido y que difícilmente podrán colocarse en el lugar de la víctima, siendo poco probable, además su resocialización.

Igualmente nos podríamos encontrar con que el infractor quiera acogerse a los beneficios otorgados por este procedimiento extrajudicial para obtener ventajas penales¹⁹⁸ y aunque MARTÍNEZ ESCAMILLA¹⁹⁹ quita importancia a esta posibilidad afirmando que el modelo conciliador requiere una serie de exigencias de difícil aceptación para el delincuente resaltando, por otra parte, los posibles efectos

¹⁹⁵ ALONSO SALGADO, C., y TORRADO TARRÍO, C., “Violencia de género...”, ob. cit., págs. 596 y 597 y MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Justicia reparadora, mediación...”, ob. cit., págs. 470 y 471.

¹⁹⁶ ALONSO SALGADO, C., y TORRADO TARRÍO, C., “Violencia de género...”, ob. cit., pág. 597.

¹⁹⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Justicia reparadora, mediación...”, ob. cit., pág. 476.

¹⁹⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Justicia reparadora, mediación...”, ob. cit., págs. 477 y 478.

¹⁹⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Justicia reparadora, mediación...”, ob. cit., págs. 477 y 478.

resocializadores que pueden conseguirse con la mediación que se logra con la participación activa del infractor; yo no descartaría de ningún modo esta motivación.

Por último, el **mediador** que se corresponde con un tercero neutral e imparcial que asume un rol esencial para impulsar el acuerdo entre las partes no tanto con el fin de resolver el conflicto, sino de fijar las circunstancias necesarias para que las mismas lo consigan²⁰⁰.

Respecto al **momento procesal** en el que puede tener lugar, MARTÍNEZ ESCAMILLA²⁰¹ señala que puede producirse en todas las fases del procedimiento: durante la instrucción de la causa, durante la fase de enjuiciamiento y durante el período de ejecución de sentencia. La citada autora señala que cuando la misma tenga lugar durante la fase de instrucción, el Ministerio Fiscal puede tenerlo en cuenta en la solicitud de pena de su escrito de acusación; si se alcanza un acuerdo tras el auto de apertura de juicio oral la misma puede servir para apreciar una atenuante simple o muy cualificada y, por último, si se produce tras el dictado de una sentencia en fase de ejecución de pena, la mediación podría ser valorada a los efectos de suspensión o sustitución de la pena.

En cuanto a la posibilidad de acudir al proceso de **mediación en los delitos relacionados con la violencia de género**, hay que comenzar citando el art. 1 de la LIVG que establece que *“La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas”*.

Tras la lectura del artículo anterior deberíamos preguntarnos si es posible la mediación en el ámbito de la violencia de género. Desde mi punto de vista, el hecho de que se hable en el presente artículo de actuar en “los casos de desequilibrio, desigualdad

²⁰⁰ ALONSO SALGADO, C., y TORRADO TARRÍO, C., “Violencia de género...”, ob. cit., págs. 598 y 599.

²⁰¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Justicia reparadora, mediación...”, ob. cit., págs. 468 y 469.

y en situaciones de dominación” parece contradecir el espíritu del proceso de mediación en el que se pretende que las partes que intervienen en este proceso se encuentren en una situación de igualdad²⁰², libertad y voluntad, términos que no siempre cabe atribuir a las víctimas de la violencia de género. Además hay que recordar lo señalado en el art. 44.5 de la LIVG que establece que en todos estos casos está vedada la mediación.

La opinión entre la doctrina no es pacífica. MAGRO SERVET²⁰³, cuya apreciación me parece bastante acertada, indica que: “...son muchas las mujeres maltratas que tras formular la denuncia llegan más tarde a retirarla por múltiples factores...La renuncia no extingue la acción penal al ser un hecho perseguible de oficio y será el Fiscal quien ejercite la acción penal debiendo declarar la mujer como testigo y la consecuencia no querida que podría acarrear sería que la propia mediación podría coadyuvar a la retirada de denuncias, no siendo ésta la finalidad de esta institución”.

Hay que tener en cuenta además que tras un episodio de violencia de género no sólo se producen consecuencias penales sino también consecuencias civiles, laborales y familiares. En muchos supuestos de violencia de género la relación está rota y acabada y como bien apunta MARTÍN DIZ²⁰⁴ ¿cabría imaginar una mediación libre, voluntaria y sin temores por parte de una mujer que ha sido intentada quemar viva por su agresor? ¿Podría el mediador volver a equilibrar dicha situación? ¿Querría la víctima tan siquiera volver a verse con su agresor?

ESQUINAS VALVERDE²⁰⁵ pone de manifiesto una serie de inconvenientes al acudir a la técnica de la mediación en esta materia: en primer lugar, supone un riesgo para la integridad física de la mujer maltratada al no resultar esta técnica lo suficientemente intimidatoria para el agresor y que la confrontación con el agresor durante las sesiones de mediación podría aumentar la agresividad de éste.

²⁰² ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 60.

²⁰³ MAGRO SERVET, V. “La mediación familiar”, *Práctica de Tribunales* nº 23, 2006, pág. 36 y ss.

²⁰⁴ MARTÍN DIZ, F., “Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos”, en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 683 y ss.

²⁰⁵ ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y...*, ob. cit., págs. 57 a 84.

En segundo lugar, la mujer, debido a sus características peculiares, se expone a ocupar una posición de inferioridad en el marco de las negociaciones, algo contrario a la esencia de esta institución, en la que es vital que las partes concurren en un estatus de equivalencia o de equilibrio de poder. Además, este método de mediación presupone una capacidad de negociación, una mutua voluntad tanto de recibir como de ceder que difícilmente se va a producir en este tipo de delitos.

En tercer lugar, indica que la técnica de la mediación, procedente de otras tradiciones jurídicas, puede resultar difícil de importar al ordenamiento jurídico español teniendo en cuenta que lo que sirve para afrontar conductas agresivas y actos violentos en un determinado contexto social no siempre resultan adecuados en otros, a lo que se añade el hecho de que la posición subordinada de la mujer emana de su propia estructura social y representa un problema cultural.

En cuarto lugar, pone de manifiesto que acudir a la mediación no satisface los fines de prevención general del derecho penal, pues se estaría transmitiendo a la ciudadanía una idea errónea acerca de la gravedad del injusto cometido y de la culpabilidad del agresor, a saber, de que la violencia de género no se trataría de un auténtico delito sino de una infracción que se puede resolver mediante encuentros o conversaciones privadas.

En quinto lugar, manifiesta la citada autora que con un simple encuentro de mediación no es suficiente para modificar la conducta violenta del agresor, sino que dichos encuentros conformarían una especie de introducción a un proceso a largo plazo.

Por último, concluye que una de las dificultades que se puede encontrar al acudir a la mediación es que la comunidad social de referencia de los afectados no siempre va a desempeñar un papel de reprobación y censura de la actuación del agresor, pues es probable que en la misma predominen determinados patrones anticuados acerca del rol de la mujer y que incluso se la culpabilice o se justifique la conducta de su agresor.

ESTIRADO DE CABO²⁰⁶ entiende que una clasificación en los episodios de violencia serviría de apoyo a los que consideran posible la introducción de la mediación como solución a este tipo de delitos.

²⁰⁶ ESTIRADO DE CABO, C. “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en la fase de instrucción y

ESTEBAN MEILÁN²⁰⁷ señala que *“la mediación puede utilizarse en todo tipo de conflictos y en las cuatro jurisdicciones, sin perjuicio de que en determinada clase de conflictos, por su etiología y naturaleza sea muy difícil un proceso de mediación. En concreto en aquellos conflictos en los que existe una desigualdad, evidente e insalvable, entre víctima y maltratador donde la mediación no cabría para resolver el conflicto en sí, “conflicto” que como tal, es la comisión de un acto delictivo”*. Aunque apunta también a que la exclusión de la mediación en la LIVG es muy criticada y alude al Seminario sobre Justicia Reparadora, celebrado en septiembre de 2007, en el que se calificó como error la exclusión de la mediación por la LIVG de los asuntos de violencia de género, por cuanto no siempre se da en los mismos una situación de desigualdad entre las partes; acaba el artículo señalando que *“La mediación, como instrumento auxiliar de la justicia presenta una metodología especialmente adecuada para mejorar la respuesta a los intereses en juego que subyacen en determinados tipos de conflictos, en los que los enfrentados necesitan mantener una relación posterior viable. Resultando claramente una forme de resolver conflictos, y entre ellos los concernientes a los de violencia contra la mujer que en la mayoría de los casos entrañan problemas de derecho de familia”*.

Por otra parte, VARGAS GALLEGO²⁰⁸ no es partidaria de la figura de la mediación en materia de violencia de género por cuanto que *“La posibilidad de evitar el proceso o habiéndolo iniciado lograr una solución de consenso, constituye una posibilidad real en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo el orden penal, y ello por los intereses de naturaleza pública que se dilucidan, porque parece evidente que el ius puniendi del Estado no puede ser objeto de negociación...La LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género prohíbe expresamente la mediación en su art. 44, cláusula que se incluye en el art. 87 ter 4 de la LOPJ. Las características del delito, el bien jurídico protegido, la situación de la víctima, la gravedad de la conducta, obligan a excluir la violencia de género del*

enjuiciamiento” en *La mediación civil y penal, un año de experiencia. Estudios de Derecho Judicial*, nº 136, 2007, págs. 212 y 213.

²⁰⁷ ESTEBAN MEILÁN, M. R., “La mediación en la violencia de género”, *Revista de Jurisprudencia*, Año VI, nº 3, 2010, pág. 7.

²⁰⁸ VARGAS GALLEGO, A. I., “La mediación en la violencia de género”, *Revista de Jurisprudencia*, Año VI, nº 3, 2010, págs. 9 y 10.

ámbito de la aplicación de la mediación. La razón de esta prohibición estriba en la desigualdad, en el desequilibrio de poder en el que se encuentra agresor y víctima al efecto de poder garantizar un acuerdo y un resultado de corresponsabilidad en un clima de colaboración y respeto mutuo”.

SIERRA FERNÁNDEZ²⁰⁹ no comparte la prohibición del art. 44 de la LO 1/2004 pues considera que la mediación sería un mecanismo adecuado para solucionar conflictos en supuestos de violencia, *“si bien mediante un tratamiento específico, cuando se discrimine por un lado el grado de violencia a que se refiera y con absoluta garantía de igualdad de partes”.*

Según VILAPLANA RUÍZ²¹⁰ la mediación en estos supuestos no sólo supone la concreción de un mandato europeo sino que puede resultar beneficiosa pues permitiría reducir la litigiosidad, la judicialización excesiva que existente en nuestro país y permitiría la reparación del daño ocasionado a la víctima.

CASTILLEJOS MANZANARES, TORRADO TARRÍO y ALONSO SALGADO²¹¹, aún mostrándose partidarias de la mediación en el ámbito de la violencia de género, admiten la necesidad de adoptar una serie de precauciones resaltando la necesidad de que los mediadores se encuentren debidamente especializados en esta materia, se ofrezcan garantías de protección suficientes a la víctima, que la intervención de la víctima en el proceso se haga depender no sólo de su consentimiento sino del informe de un psicólogo que evalúe su estado y de la supresión de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento haciéndose depender la misma del resultado del proceso de conciliación.

Bajo mi punto de vista no entiendo posible, en absoluto, que se pueda hacer depender la imposición de la pena de alejamiento, como señalan las anteriores autoras, de que la mediación acabe con éxito pues no se estaría acudiendo a la misma en una situación de libertad e igualdad sino que ya pesaría sobre el agresor la necesidad de alcanzar un acuerdo para evitar dicha pena y cualquier otra.

²⁰⁹ SIERRA FERNÁNDEZ, J., *La mediación en la violencia de género*”, *Revista de Jurisprudencia*, Año VI, nº 3, 2010, pág. 11.

²¹⁰ VILAPLANA RUÍZ, J., “Mediación y violencia de...”, *ob. cit.*, pág. 6

²¹¹ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C., ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia de género”, *Revista de mediación*, año 4º, nº 7, 2011, págs. 42 y ss.

Tampoco me parecen nada adecuadas las palabras que emplea VELASCO NÚÑEZ²¹² para criticar la LIVG y mostrarse a favor de la mediación en estos delitos al señalar que “...entre un sistema penal en el que lo que ocurría dentro del domicilio no interesaba, y otro, que convierte en delito -para un solo sexo- lo que durante años han sido meras faltas, debe poder existir un punto medio... Tapar machismo con hembrismo es dar la vuelta a la tortilla, es decir, seguir poniendo tortilla. Propugno en consecuencia la mediación en los supuestos de violencia contra la mujer -igual que en la que hay contra el hombre- porque ante la imposición ideológica sexista que no comparto y que rezuma la parte general de la LO 1/2004, de Protección Integral contra la Violencia de Género, lo mejor es seguir escuchándose”.

Bajo mi punto de vista, hablar de “hembrismo” en referencia a la LIVG me parece muy poco acertado si tenemos en cuenta que todas las mujeres que han sido maltratadas desde la entrada en vigor de la LIVG han podido encontrar en la misma una aliada y un mecanismo de protección que hasta el momento resultaba insuficiente y no comparto en absoluto que la LIVG rezume una imposición ideológica sexista con la finalidad de arrastrar votos radicales²¹³, como él señala.

Considero que habría que distinguir dos momentos en la relación de pareja que pretende acudir al instituto de la mediación: un primer momento en el que aún no se ha producido ningún acto de violencia de género y que la relación está lo suficientemente deteriorada para plantearse dicho recurso, en el cual la mediación, no penal sino familiar, sería posible y, un segundo momento, en el que ya se ha producido un acto de violencia de género, en cuyo caso, la mediación penal no sería admisible.

No soy partidaria de la mediación penal en esta materia, no sólo porque supone dejar en manos de la víctima y del agresor la persecución, el castigo y la pena de un delito perseguible de oficio, sino también para evitar presiones innecesarias a la propia víctima que podría incluso ser objeto de un nuevo tipo de victimización.

²¹² VELASCO NÚÑEZ, E., “La mediación en la violencia de género”, *Revista de Jurisprudencia*, Año VI, nº 3, 2010, pág. 10.

²¹³ VELASCO NÚÑEZ, E., “La mediación en la...”, pág. 10.

La regulación actual es clara al respecto y no permite de modo alguno la mediación. No hay que confundir un intento de “recuperar”, al agresor procurando que el mismo reconozca el mal hecho y se le someta a distintos tipos de programas de tratamiento con la esperanza de lograr su resocialización, con la posibilidad de hacer depender su castigo de un acuerdo con la propia víctima.

Debemos actuar en consecuencia y si, en torno al art. 416 de la LECrim, entendemos que no es posible hacer depender de la declaración de la víctima el castigo del agresor, tampoco se debe hacer depender de la voluntad de aquellos la persecución de un delito público. De admitirse la mediación deberían resolverse una serie de cuestiones de difícil respuesta: ¿para qué supuestos, de admitirse la mediación penal en materia de violencia de género, sería admisible? ¿Cómo discriminar entre los mismos? ¿Qué ocurriría si existiera dictada orden de protección? ¿Forzaríamos aún así un futuro entendimiento (y un futuro encuentro) aunque una resolución judicial lo prohíba? ¿La mediación alcanzaría también a las medidas civiles acordadas en relación a los hijos? ¿Qué órgano sería el indicado para la mediación? ¿Estaría limitada jurídicamente la mediación? ¿Cuáles serían estos límites? ¿Quién los decidiría? ¿Serían disponibles por el mediador? ¿En virtud de qué interés se actuaría? ¿Podrían prescindir de la pena de prohibición de aproximación y de no comunicación o de cualquier otra pena? ¿Qué pasaría en caso de incumplimiento o, peor aún, de reiteración delictiva? ¿Todavía sería admisible que un delincuente reincidente pudiera acudir a la mediación?

Como se ve no es una cuestión que esté exenta de problemas y los mismos no presentan una solución fácil pues implica conciliar unos intereses en juego, que a priori, no son disponibles.

Yo apostaría a que el futuro de la lucha contra la violencia de género pasa en todo caso, por incidir mucho más en la prevención a través de medidas impulsadas dentro del ámbito educativo y social, que intenten modificar conductas y comportamientos machistas con el soporte de un incremento de las partidas presupuestarias de las distintas Administraciones que permitan una mejora de las medidas de protección e intervención con las víctimas.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Resulta necesario que los poderes públicos adopten las medidas precisas para poner fin a esta lacra social a la que han contribuido y que les hace deudores de unas políticas de igualdad que hagan desaparecer cualquier situación discriminatoria por razón de género, para lo cual es necesario aumentar la dotación presupuestaria para mejorar las iniciativas puestas en marcha en los distintos niveles de intervención.

SEGUNDA.- Desde antes de su nacimiento la LIVG generó una gran controversia como lo evidencia la diferente acogida que tuvo su Anteproyecto en el CGPJ, el Consejo de Estado, el Consejo Económico y Social y en las comparecencias celebradas en el Congreso de los Diputados. A pesar de lo anterior, esa situación no se vio reflejada el día de la votación final del texto que fue aprobado por la unanimidad de los 325 votos emitidos el 28 de diciembre de 2004.

TERCERA.- La aprobación de la ley no hizo disipar las críticas a la misma sino que motivó que el TC tuviera que pronunciarse sobre multitud de cuestiones de inconstitucionalidad, entre las que destaca la STC nº 59/2008, de 14 de mayo, en la que el Alto Tribunal resolvió a favor de su constitucionalidad en atención al contexto de desigualdad y de discriminación en el que se producen los actos de violencia sobre la mujer.

La dignidad, la libertad y la integridad corporal son derechos que deben ser iguales para todos, pero aún así a lo largo del articulado del CP observamos como, en atención a la especial esfera de protección que merece la víctima, se hacen diferencias penológicas cuya constitucionalidad en ningún momento ha sido puesta en duda. Todo lo anterior conduce a afirmar que, si bien es cierto que los derechos constitucionales aludidos deben ser igualmente protegidos y reconocidos para todos, existen causas que las justifican.

La expulsión de una norma del ordenamiento jurídico debe ser el último recurso al que hay que acudir cuando no sea posible su acomodamiento al ordenamiento jurídico, circunstancia que no se produce en el presente caso por los motivos expuestos.

CUARTA.- La legitimación constitucional de los arts. 153, 148, 171, 172 y 173 del CP cuestionados requería analizar si la diferencia punitiva apreciada, en la que se centraban fundamentalmente las cuestiones planteadas, generaba unas consecuencias desproporcionadas, lo que sólo podía darse de existir un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable, lo cual en mi opinión no se produce no sólo porque la diferencia punitiva resulta escasa y se permita al órgano judicial modular la pena en atención a la gravedad de la conducta sino porque además, el Juez o Tribunal puede optar por imponer la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como alternativa a la pena privativa de libertad.

QUINTA.- El principio de igualdad no es un principio absoluto y lejos de garantizar una igualdad real entre los ciudadanos admite que el legislador pueda establecer diferencias debidamente justificadas y motivadas.

El principio de proporcionalidad no sólo está dirigido a los jueces y tribunales, sino también al legislador pues las leyes que limitan derechos fundamentales sólo serán constitucionales si son útiles o adecuadas al fin propuesto, si no existe otra medida más eficaz y menos restrictiva y si es proporcional, en una relación de medios a fin.

SEXTA.- El término violencia doméstica abarca un concepto más amplio que el de violencia de género pues incluye no sólo la ejercida sobre la mujer sino también la que recae sobre otros sujetos como, por ejemplo, ascendientes, menores, hermanos...etc.

En lugar de hablar de “violencia de género”, se podía haber optado por otra expresión más apropiada que identificara como sujeto pasivo del delito no sólo a la mujer, siendo muy correcta la propuesta realizada por la RAE de una Ley Integral contra la Violencia Doméstica.

SÉPTIMA.- Respecto de la suspensión de la pena no deja de ser paradójico que se decida suspender la ejecución de una pena de prisión y se prescinda de los fines de reinserción y reeducación que lleva aparejados, por entender que su cumplimiento puede provocar el efecto contrario. Si una pena de prisión de corta duración no resulta resocializadora, ¿en qué medida lo puede ser una de larga duración?. La conclusión a la que llego es que las condiciones en las que se cumplen las penas de prisión están lejos de conseguir los fines mencionados aunque no por ello debemos renunciar a las mismas

pues es en el ámbito de la violencia de género donde, a través de una adecuada política de intervención y tratamiento, más se puede hacer.

OCTAVA.- Para valorar la peligrosidad criminal del delincuente se deben tener en cuenta, entre otras circunstancias, la hoja histórico-penal o sus antecedentes penales o policiales. No considero que los antecedentes penales cancelados deban ser tenidos en cuenta a estos efectos, pues una vez transcurridos los plazos legales sin que haya vuelto a delinquir debe entenderse cumplida su deuda con la sociedad y porque la posibilidad de que vuelva a delinquir se reduce notablemente.

NOVENA.- La existencia de otros procedimientos penales seguidos contra el agresor condenado revela un rasgo en su personalidad que debe ser tenido en cuenta por el Juez o Tribunal a la hora de decidir sobre la suspensión, sobre todo si pensamos que esta circunstancia permitiría adoptar una medida cautelar al amparo del art. 544 bis o ter de la LECrim.

Bajo mi punto de vista la denegación de la suspensión por esta circunstancia no resulta contraria a la presunción de inocencia, si se tiene en cuenta que la misma ha sido vencida y enervada al haber recaído ya una sentencia condenatoria firme.

Además de lo ya analizado, se pueden valorar también otros aspectos como por ejemplo, si el reo ha estado localizado y a disposición del Juzgado o Tribunal o si por el contrario, fue declarado en rebeldía, las características del delito cometido, si se ha cometido en presencia de los hijos comunes o quebrantando una orden de protección...etc.

No resulta admisible la posibilidad de acordar este beneficio si al delincuente le consta impuesta una condena firme por la comisión de un delito doloso pues el tenor de la ley lo impide, lo cual deberá valorarse en el momento en el que el Juez o Tribunal debe pronunciarse sobre su concesión.

DÉCIMA.- Respecto al límite de dos años previsto en el art. 81.2 del CP entiendo que se está refiriendo a la pena concreta impuesta en la sentencia con independencia del marco abstracto previsto en el CP, puesto que dicho precepto se refiere a la “pena o penas *impuestas*, o la suma de las *impuestas*” y en una interpretación favorable al reo puede alcanzarse dicho límite por la suma de las penas impuestas en

una única sentencia, pues de tratarse de sentencias distintas, dejaría de cumplirse el requisito de ser delincuente primario.

DECIMOPRIMERA.- La resolución que acuerde o deniegue la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación del indulto deberá estar motivada por el órgano judicial encargado de la ejecución de la pena impuesta, y será recurrible en reforma ante el mismo órgano judicial y en apelación, ante la Audiencia Provincial correspondiente. Si la decisión sobre la suspensión fuera tomada por una Audiencia Provincial, cabrá recurso de súplica ante la misma.

De tratarse de una pena impuesta por un delito de violencia de género será conveniente oír a la víctima, no sólo para ser congruente con lo dispuesto en el art. 80.2 del CP sino también para averiguar si la concesión del indulto puede ser perjudicial para ella o los hijos en común. Por los mismos motivos en ningún caso se debería indultar las penas accesorias de prohibición de aproximación y no comunicación.

DECIMOSEGUNDA.- Es posible la sustitución de penas de prisión inferior a tres meses impuesta en los supuestos de conformidad del art. 801 de la LECrim si aplicamos analógicamente el art. 71.2 del CP, salvo cuando proceda la suspensión de la misma. Por el contrario no será posible en los casos de la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del CP, al contemplar detalladamente la forma en la que debe cumplirse la misma, de modo que de haberlo querido el legislador lo hubiera contemplado, como sucede con la posibilidad de cumplir esa responsabilidad personal subsidiaria mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

DECIMOTERCERA.- A pesar de la redacción confusa del art. 71.2 del CP deberá optarse primero por la suspensión de la pena si el penado lo solicita y cumple los requisitos para ello, y en el caso de no hacerlo o no darse los mismos, la pena le será sustituida sí o sí, por imperativo de este precepto. Por lo demás, para la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses no se debe exigir ningún requisito adicional, pues del tenor de este precepto “en todo caso” así se desprende, debiendo acordarse aunque el penado sea un delincuente habitual o no haya atendido a la responsabilidad civil derivada del delito.

DECIMOCUARTA.- Respecto a la posibilidad de sustituir la pena de prisión impuesta por la de trabajos en beneficio de la comunidad cuando la misma se prevé con

carácter alternativo a la de prisión, aunque los momentos en los que el Juez o Tribunal debe pronunciarse por la pena a imponer y por la sustitución de la misma son distintos, no debemos olvidar la proximidad temporal que existe entre ambos, por lo que si el Juez o Tribunal impone la pena de prisión, por considerarla más adecuada que la de trabajos en beneficio de la comunidad, resulta absolutamente contradictorio que luego decida sustituirla por la de trabajos en beneficio de la comunidad cuando no la consideró inicialmente conveniente para el caso concreto.

Tampoco entiendo que la pena alternativa rechazada en un primer momento (en este caso la de trabajos en beneficio de la comunidad) y la que sustituye a la pena de prisión sustituida (nuevamente la de trabajos en beneficio de la comunidad) tengan una naturaleza distinta sólo por el hecho de que se impongan en momentos distintos. De aceptarse dicha sustitución el condenado acabaría cumpliendo una pena mucho más grave que la prevista inicialmente por el legislador, por mucho que con la misma el penado evitara su ingreso en prisión.

Además, debe tenerse en cuenta que conforme lo previsto en el art. 40.4 del CP duración máxima de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es de un año, por lo que en el caso de que se quisiera sustituir penas de prisión entre uno y dos años de prisión, debería serlo por trabajos en beneficio de la comunidad y multa conforme al art. 88.1 párrafo 2º y por tratarse de un delito de violencia de género, no es posible.

DECIMOQUINTA.- Si la ejecución de la sentencia comienza con el auto por el que acuerda dar inicio a la ejecución de la pena entiendo que no podrá acordarse una vez dictado el mismo en atención al tenor del art. 88 del CP que lleva a pensar que el legislador ha querido establecer una limitación temporal al respecto. Siguiendo esta posición, tampoco es aceptable admitir la sustitución una vez obtenida la suspensión de la pena si resulta luego revocada.

La mención del art. 88 del CP a la necesidad de motivar el auto es redundante pues todo auto debe ser motivado por exigencia del art. 141 de la LECrim.

DECIMOSEXTA.- Respecto a la sustitución de cualquier pena por la expulsión, entiendo que esta medida implica un doble castigo al extranjero condenado, pues por una parte cumple casi íntegramente su condena y, por otra, se le expulsa del territorio nacional lo que según mi punto de vista, resulta discriminatorio si se le

compara con otros reclusos españoles o nacionales de otros países que no tengan la condición de extranjeros.

Parece que el legislador en este punto no se guía por cuestiones de política criminal por lo que es preferible que para proceder a la expulsión se tengan en cuenta las circunstancias a que se refiere el art. 88 del CP y que se contemple alguna alternativa a la misma.

DECIMOSÉPTIMA.- En el caso de la comisión de delito de violencia de género los arts. 147 y 153.1 del CP entrañan un problema de coherencia punitiva pues si el agresor causa a la víctima una lesión que requiere objetivamente para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico, ya no resulta de aplicación el art. 153.1 (o 153. 1 y 3) del CP sino el art. 147.1 o 2, con la agravante de parentesco del art. 23 del CP, o el art. 148.4 del CP, lo que podría dar lugar a que unas lesiones más graves que las del art. 153 del CP sean castigadas con pena inferior si el Juez o Tribunal opta por aplicar el tipo privilegiado del art. 147.2 del CP.

DECIMO OCTAVA.- Si lo que se pretendía con la modificación del art. 148.4 del CP por la LIVG era otorgar una mayor protección a la mujer víctima de lesiones en el ámbito familiar, el legislador tendría que haber apreciado una circunstancia agravatoria similar en los artículos 149 y 150 del CP. Sin dicha previsión se debe acudir a la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del CP, actuando en este caso como agravante.

DECIMO NOVENA.- El bien jurídico protegido en el delito de maltrato resulta muy amplio pues no sólo protege la integridad física, psíquica o corporal de la persona, sino que se extiende a la libertad, a la seguridad, a la tranquilidad, a la dignidad, honor y valía personal. Además, al tratarse de hechos que tienen lugar en el interior de la familia también afecta a la convivencia o paz familiar en atención al clima de tensión o miedo generado.

VIGÉSIMA.- La relación de afectividad que debe existir para poder aplicar el art. 153 CP es bastante amplia pues no sólo se refiere a la matrimonial entre personas de diferente sexo, actuales o disueltas, sino también a las relaciones afectivas de pareja de carácter estable o de noviazgo, presentes o pasadas, entre personas de diferente sexo

aunque no exista convivencia. Además también tienen cabida las parejas de distinto sexo formadas por transexuales si el agresor es el varón y la víctima mujer.

En cuanto a las relaciones de amistad surgidas entre un hombre y una mujer, con encuentros sexuales, será necesario delimitar en cada caso concreto el tipo de vinculación que existe pues si son estables, como las que se pueden producir cuando uno de los miembros está casado y el otro no, también estarán incluidas.

VIGESIMOPRIMERA.- No es necesario exigir en el delito de maltrato un elemento subjetivo, en primer lugar por respeto al principio de legalidad pues si no está incluido en el del Código Penal no debe contemplarse por vía interpretativa. En segundo lugar, porque el ánimo interno es muy difícil de probar y podría provocar procesos de victimización secundaria que hiciese que la víctima se lo pensara muy bien antes de denunciar y que a la larga tuviera efectos perniciosos y, en tercer y último lugar, porque se estaría transmitiendo un mensaje equivocado de cara a la prevención de este tipo de delitos al colocar a la víctima en el centro de un interrogatorio para indagar sobre la voluntad interna del agresor.

VIGESIMOSEGUNDA.- Para poder agravar la pena cuando los hechos se cometan en presencia de menores es necesario que concurra alguna de las relaciones a que se refiere el art. 173.2 del CP siendo congruente con el hecho de que las agresiones entre extraños no se agravan cuando tienen lugar en las mismas circunstancias.

VIGESIMOTERCERA.- Cuando los hechos delictivos se produzcan en un lugar distinto del domicilio de la víctima, pero dentro del territorio nacional, al que se ha acudido de vacaciones o de forma accidental, sigue resultando aplicable el art. 15 bis de la LECrim y, por tanto, será Juez competente el JVM del domicilio habitual de la víctima y no el del lugar en el que se produjeron los hechos.

VIGESIMOCUARTA.- La redacción propuesta del art. 153 del CP en la LO 1/2015, de 30 de marzo, es sustancialmente mejorable, no sólo porque vuelva a incluir el menoscabo psíquico dentro del tipo sino porque al utilizar la expresión “*una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147*”, nos condena a aceptar una vez más que sea el criterio judicial, a falta de otra concreción por parte del legislador, el que determine la índole de la lesión provocando indefensión y siendo contraria a los principios de legalidad y seguridad jurídica.

VIGESIMOQUINTA.- En el delito de amenazas se distingue un bien jurídico inmediato consistente en la libertad que tiene toda persona en el proceso de formación de su voluntad sin sufrir injerencias o presiones externas, y un bien jurídico mediato, como fin último de protección consistente en última instancia, en el sosiego y tranquilidad tanto a nivel personal como familiar. Entiendo que ello es así pues, en un primer momento, la amenaza provoca en quien la recibe una modificación en su conducta, en su toma de decisiones y, en definitiva, en su voluntad pues de no existir actuaría de forma muy distinta y, posteriormente afecta no sólo a la tranquilidad personal de quien la recibe sino que se extiende al resto de integrantes de la unidad familiar.

VIGESIMOSEXTA.- El hecho de que el art. 171 apartado 5º del CP recoja la expresión “*exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo*”, parece dar a entender que sólo se podrán castigar conforme este precepto las amenazas leves con armas efectuadas por la mujer hacia el hombre con quien le unen las relaciones familiares protegidas y no las del hombre hacia la mujer.

Además el art. 153.3 del CP agravaba la pena cuando el hecho se ejecuta utilizando armas mientras que en el art. 171.5 castiga la amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos; es decir, amplía el castigo a otros instrumentos que sin ser catalogados como armas resultan peligrosos.

VIGESIMOSÉPTIMA.- De modo similar a lo que sucede en el delito de amenazas, en el delito de coacciones podemos distinguir también, desde un punto de vista general, un bien jurídico consistente en la libertad en sentido amplio pero concretado en la facultad que tiene toda persona de conducirse y obrar libremente sin estar sujeta a ningún tipo de presión externa pues la coacción provoca en quien la recibe una modificación en su conducta, en su toma de decisiones y, en definitiva, en la voluntad. La forma en que se manifieste esta violencia, que incluye no sólo la violencia física, la intimidación e incluso la fuerza en las cosas, hace que en ocasiones sea muy difícil distinguir entre el delito de coacciones y el de amenazas aunque lo fundamental para distinguirlos es el criterio temporal pues si en las amenazas se produce un aplazamiento del mal anunciado, en las coacciones ese mal es inminente.

VIGESIMOCTAVA.- A diferencia de lo que sucede para las amenazas con armas o instrumentos peligrosos castigadas en el apartado 5º del art. 171 del CP y con el

maltrato con armas del art. 153.3 del CP, la coacción ejercida con armas u otros instrumentos peligrosos no debe entenderse leve e incluida en el art. 172.2 del CP sino como grave según el art. 172.1 al recoger la expresión “*según la gravedad de la coacción o de los medios empleados*”. Por otro lado, la coacción leve ejercida contra las personas mencionadas en el art. 173.2, con la salvedad ya indicada, deberá castigarse conforme a la falta de coacciones leves del art. 620.2, según el tenor de este precepto.

VIGÉSIMONOVENA.- Para hallar una respuesta a cuál es el bien jurídico protegido con el delito de maltrato habitual hay que tener en cuenta lo señalado en el art. 173.2 *in fine* y las previsiones del art. 177 del CP, que contemplan el castigo por separado del atentado contra la integridad moral de las lesiones o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero que, efectivamente se hubiera producido. De lo referido parece deducirse que el bien objeto de protección en el art. 173.2 del CP es distinto de la salud, de la integridad física, de la libertad sexual...etc. Si además observamos que el mismo se halla integrado dentro de los delitos contra la integridad moral, podemos concluir que al igual de lo que ocurría con el delito de maltrato del art. 153 del CP nos encontramos con un bien jurídico protegido amplio pues abarca no sólo la integridad moral, física o psíquica de la persona individualmente considerada, sino también la paz familiar o la pacífica convivencia de la misma.

Por otra parte, la inclusión por el legislador de todas las personas a las que se refiere el art. 173.2 parece ampliar el círculo de la protección penal más allá de las relaciones familiares por lo que se aleja del bien jurídico “paz familiar” y se aproxima más bien a la idea de “paz en el entorno de la convivencia”.

TRIGÉSIMA.- La violencia física a que se refiere el art. 173.2 del CP puede adoptar una forma muy amplia y aunque el tipo no especifique la gravedad necesaria, entiendo que la misma debe tener una mínima relevancia penal aunque sea constitutiva de falta, quedando fuera aquellas conductas que aunque sean reprochables a nivel familiar o incluso suponen un incumplimiento de los deberes civiles del art. 67 del Cc previsto para los cónyuges, no lo son a nivel penal. Respecto a la violencia psíquica será necesario acudir a cada caso concreto y valorar la totalidad de las circunstancias concurrentes para decidir si la conducta del sujeto activo puede quedar o no integrada dentro de la misma.

TRIGÉSIMO PRIMERA.- La habitualidad del delito de maltrato requiere una pluralidad de actos de violencia física o psíquica, repetidos y próximos en el tiempo contra la misma o distinta persona pero dentro del mismo núcleo familiar que perturbe la paz familiar, con independencia de que hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior, y debe producir un plus de afectación distinto de los actos de violencia realizados. De admitir un criterio cuantitativo puro podríamos apreciar violencia habitual en la conducta de un sujeto activo que realiza, en un único día, múltiples actos de violencia física o psíquica, aunque sea puntual.

La reiteración delictiva requiere cierta estabilidad temporal pues la violencia habitual no es una mera suma de actos de violencia física o psíquica sino que supone un plus en la conducta del sujeto activo que lleva también aparejado un plus lesivo en el sujeto pasivo y que puede llegar a afectar a la totalidad del conjunto familiar.

TRIGÉSIMO SEGUNDA.- Existe una falta de concreción del legislador respecto a la proximidad temporal de las agresiones para poder apreciar habitualidad pues no ha fijado ningún límite temporal por lo que habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso.

TRIGÉSIMO TERCERA.- Respecto a la presunta vulneración del principio de *non bis in ídem* al recoger el art. 173.3 la expresión “*hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*”, no es posible llegar a tal conclusión en primer lugar, porque los malos tratos habituales no equivalen a una mera suma de actos violentos, teniendo en cuenta además que al tratarse de un delito especial propio, fuera del círculo de sujetos pasivos a que se refiere el art. 173.2 CP, los hechos no podrán ser castigados conforme al mismo. En segundo lugar, porque con este delito no sólo se está atacando los bienes jurídicos inmediatamente afectados sino que el bien jurídico protegido es mucho más amplio. Y por último, porque el propio precepto recoge la expresión “*con independencia de que... los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*”; por lo que, aunque dichos actos violentos hubieran sido enjuiciados se tendrán en cuenta a los efectos de apreciar la habitualidad de la conducta delictiva.

En todo caso hay que poner de manifiesto que la habitualidad del art. 173.2 del CP no es una reincidencia, pues no supone una recaída en el delito ni tampoco que con la habitualidad se esté castigando una determinada tendencia, hábito o predisposición a

su realización, configurada como un elemento subjetivo del injusto, sino que parto de una concepción objetiva de la misma consistente en que la repetición de actos violentos por parte del sujeto activo ocasionan una situación de horror o temor permanente o un clima de violencia.

TRIGÉSIMO CUARTA.- El castigo del matrimonio forzado en la LO 1/2015, de 30 de marzo, es una excelente oportunidad para evitar que prosperen estas prácticas discriminatorias y coercitivas que al amparo de la cultura y de la tradición se pretenden justificar. No hay que olvidar que el tipo castiga dicha conducta cuando se realiza con violencia o intimidación grave, algo totalmente intolerable. La falta de recursos económicos de las familias hace que se realicen estas prácticas con niñas de corta edad, a veces muy por debajo de la edad legal para contraer matrimonio en nuestro país, y que en absoluto, están preparadas, ni mental, ni físicamente, para contraerlo. Tolerar o justificar esas prácticas en España so pretexto de que forman parte del acervo cultural del país de origen afecta a mi sensibilidad social y jurídica y no tienen encaje constitucional alguno.

TRIGÉSIMO QUINTA.- A grandes rasgos, la voluntad del legislador de sancionar el hostigamiento está más que justificada pero resulta necesario realizar una profunda revisión de la redacción prevista en la LO 1/2015, de 30 de marzo, para depurar sus problemas técnicos producto de una escasa reflexión.

TRIGÉSIMO SEXTA.- Ni el art. 617 del CP, ni el libro III del CP, deberían suprimirse. No es su reubicación como delito leve, ni creo que se hayan adoptado las necesarias modificaciones procesales para su reforma.

De continuar la tramitación del castigo de esta conducta por los cauces del art. 962 y siguientes de la LECrim, que no precisan de abogado ni de procurador y en el que el Juez que realiza la instrucción es el encargado del juicio oral y de dictar sentencia, se estaría ampliando enormemente el arbitrio judicial pues se castigarían conductas calificadas como delito leve sin la preceptiva defensa de un abogado y a través un procedimiento sin todas las garantías legales.

TRIGÉSIMO SÉPTIMA.- Respecto a la posibilidad de suspensión de la pena de localización permanente en los casos contemplados en el último párrafo del art. 620, si bien el art. 80 del CP permite la suspensión de las penas privativas de libertad y,

según lo dispuesto en el art. 35, tiene la consideración de una pena privativa de libertad de carácter menos grave o leve dependiendo de la duración de la misma, en el presente supuesto teniendo en cuenta que la duración de la misma es muy reducida y potestativa no es conveniente su suspensión pues la prevención especial de dicha pena quedaría vacía de contenido si se acordara.

No obstante, habrá que estar a cada caso en concreto aunque incluso se podría rechazar dicha suspensión en atención a la potencial peligrosidad criminal del autor pues la comisión de una falta de este tipo puede ser la antesala de la comisión de una infracción penal de mayor gravedad.

Por último, hay que poner de manifiesto la inexistencia de previsión legal en el CP de la posibilidad de castigar como delito los casos de reiteración delictiva de forma similar a como lo ha previsto el legislador en los delitos de lesiones del art. 147.1 párrafo 2º o en el delito de hurto del art. 234 párrafo 2º del CP.

TRIGÉSIMO OCTAVA.- Las medidas cautelares contempladas en la LIVG persiguen proteger a la víctima de futuros ataques del agresor. Las medidas que se pueden adoptar no son sólo la prohibición de aproximación y no comunicación sino también, la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, la suspensión del régimen de visitas respecto de los descendientes, la suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas y en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal y las medidas civiles del art. 544 ter apartado 7º. Además, la orden de protección confiere a la víctima un estatuto integral de protección que le otorga una protección social y asistencial especial.

TRIGÉSIMO NOVENA.- Para que se pueda otorgar la orden de protección es necesario que existan indicios fundados de la comisión de infracción penal por parte del agresor y aunque no existe coincidencia en el listado de infracciones penales entre las recogidas en los arts. 544 ter de la LECrim, el art. 14.5 de la LECrim y el art. 87 ter de la LOPJ, puede referirse a cualquier delito cometido con violencia o intimidación o faltas contenidas en los títulos I y II del Libro III del CP.

En el supuesto que existan versiones contradictorias entre la víctima y el acusado, la solicitud de la orden de protección por el Ministerio Fiscal o su concesión por el Juez resultará una cuestión compleja si se tiene en cuenta que no se va a disponer

de otros elementos probatorios que el testimonio de las partes y que, bajo dichas circunstancias, no se puede descartar que el procedimiento acabe en sobreseimiento provisional en los términos del art. 641.1 de la LECrim.

Además es necesario que infracción penal se cometa frente a alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 del CP y que la víctima se halle en una situación objetiva de riesgo. Para apreciar esto último, habrá que tener en cuenta las circunstancias específicas del hecho, del autor y de la víctima, siendo también muy útil la valoración del riesgo efectuada por los funcionarios de policía que instruyen el atestado.

CUADRAGÉSIMA.- La apreciación de la situación de riesgo en la que se encuentre la víctima puede diferir de la valoración que tenga la misma, sobre todo, en los casos en los que dicha medida es interesada por el Ministerio Fiscal o apreciada por el Juez de oficio en contra de lo manifestado por ella. Así pues, ésta puede poner de manifiesto su voluntad de que no se dicte la orden e incluso oponerse, pero en los que casos en los que se advierta la existencia de una situación de riesgo deberá interesarse por el Ministerio Fiscal o acordarse de oficio por el Juez competente. Esta situación no es baladí, sobre todo si tenemos en cuenta que es necesario contar con la colaboración de la víctima para que las medidas de alejamiento sean efectivas y más aún, en los casos en los que sea necesario controlar dicha medida de alejamiento mediante medios telemáticos.

CUADRAGÉSIMO PRIMERA.- El quebrantamiento de la medida cautelar no debe considerarse atípico al devenir innecesaria la orden de protección en que se adoptó, pues la situación objetiva de riesgo que se tuvo en cuenta para su imposición no desaparece por la voluntad de la víctima. De admitirse esta posibilidad estaríamos otorgando a la mujer la facultad de decidir sobre la vigencia o no de las medidas cautelares adoptadas y de su duración, lo que supondría atribuirle un poder de decisión no reconocido por el legislador y en perjuicio del acusado.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDA.- La resolución judicial que acuerda la orden de protección debe cumplirse y respetarse. En el caso de que el agresor incumpla la medida cautelar, con independencia de la conducta de la víctima, estará cometiendo un delito de quebrantamiento del art. 468.2 del CP pues es el único que ha sido requerido, y al tratarse de un delito especial propio solo puede ser cometido por la persona sobre la

que recae la obligación, llegar a otra solución otorgaría a la víctima un instrumento de poder, ni querido, ni previsto, por el legislador.

No hay que olvidar que a los efectos de evitar errores sobre la vigencia de la orden de protección, el acusado es informado adecuadamente de que el cumplimiento de la medida no depende de la víctima sino que la única vía para dejarla sin efecto es mediante otra nueva resolución judicial que así lo acuerde y que, en caso de duda, siempre va a poder consultar si la misma se encuentra vigente.

CUADRAGÉSIMO TERCERA.- El fundamento de la dispensa del art. 416 de la LECrim no se encuentra en la garantía del acusado frente a las fuentes de prueba, sino en los testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de declarar, para que no lo hagan en contra de su pariente, en atención a que no es posible someter al familiar del acusado a la tesitura de declarar la verdad de lo que conoce y que podría incriminarle, o faltar a la verdad y afrontar la posibilidad de ser perseguido por un delito de falso testimonio. Para que puedan acogerse a esta dispensa la relación de parentesco alegada no debe haber cesado.

El problema no se plantea cuando la víctima decide no personarse en el procedimiento penal como acusación particular, sino cuando la víctima se niega a declarar, a mantener una versión de los hechos o la denuncia formulada y existen indicios de que está siendo víctima de la violencia de género, pues es muy probable que sin su testimonio el procedimiento acabe con una sentencia absolutoria y quede indefensa. Por otra parte es necesario que el Juez o Tribunal además de darle a conocer la dispensa, le advierta de la obligación de ser veraz pues al prestar declaración lo hace en calidad de testigo y como todos los demás, tiene obligación de decir la verdad.

CUADRAGÉSIMO CUARTA.- El que la víctima decida no declarar conllevará que en el acto de juicio se tenga que acudir a otros elementos probatorios y además supone una falta de persistencia en la incriminación que debe ser valorada por el órgano judicial a la hora de dictar sentencia.

En aquellos casos en los que la única prueba con la que se cuente sea la declaración de la víctima prestada durante la instrucción de la causa y ésta decida no declarar en el juicio oral, el Juez o Tribunal procederá inevitablemente al dictado de una

sentencia absolutoria por falta de prueba que desvirtúe el principio de presunción de inocencia si no se admite la lectura de la misma en base al art. 730 de la LECrim.

CUADRAGÉSIMO QUINTA.- Respecto al círculo de personas que pueden acogerse al art. 416 de la LECrim, entiendo que dicha dispensa debe ser interpretada restrictivamente y si en dicho precepto se equipara el cónyuge a aquella persona que está unida a otra de forma análoga, deberían excluirse los supuestos de excónyuges, los supuestos de ruptura en las parejas sentimentales, con convivencia, por no estar vigente la relación sentimental, y los supuestos de parejas sentimentales en los que no exista una proyección futura e inmediata de vida en común, ya porque no existe convivencia (novios), o porque la misma es de corta duración, pues no considero que sean equiparables a una relación análoga a la matrimonial. La situación de parentesco alegada debe darse cuando se produce la necesidad de declarar y existir en ese momento, pues si la dispensa tiene por finalidad resolver el conflicto que puede plantearse entre decir la verdad y el vínculo de solidaridad que une a la víctima con su agresor, el mismo debe estar vigente para que tenga sentido la dispensa.

En todo caso sería deseable que se procediera a reformar los arts. 416 y 730 de la LECrim, de forma que se permitiera hacer valer la declaración de las víctimas durante la fase de instrucción para evitar el alto índice de sentencias absolutorias que se dan por estos motivos.

CUADRAGÉSIMO SEXTA.- En relación a la mediación no entiendo que se pueda acudir a la misma como medio alternativo con carácter general, en atención al hecho delictivo cometido los principios de igualdad y de libertad entre la víctima y el agresor que rigen el proceso de mediación no se darán en todos los supuestos, además que habrá supuestos en los que por la naturaleza del delito cometido no se pueda individualizar a la víctima o que la propia ley lo prohíba, como en el caso de los delitos relacionados con la violencia de género.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMA.- En el caso de los delitos de violencia de género se produce una situación de desequilibrio, desigualdad y de dominación que contradice el espíritu de la mediación, pues las partes deben estar en una situación de igualdad y libertad.

No soy partidaria de la mediación penal en esta materia pues existiría presión sobre la víctima y se dejaría en disposición de las partes la persecución y el castigo de un delito perseguible de oficio. La regulación actual es clara y el art. 44.5 de la LIVG no permite de modo alguno la mediación en estos delitos. No hay que confundir el deseo de “recuperar” al agresor, con el hacer depender su castigo, ni la persecución de un acuerdo con la propia víctima.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., “Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y libertad condicional”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, REDUR 7, diciembre 2009.

ACALE SÁNCHEZ, M., “La distinción entre violencia hacia la mujer por razón de género y por razón de sexo”, en *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S.A., Madrid, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador” en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Suspensión y sustitución”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Evolución Histórica. Tratamiento legal de la cuestión de género a lo largo de la codificación penal española” en *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S.A., Madrid, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M., “En particular, el fundamento de las reformas operadas en el ámbito penal”, en *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S.A., Madrid, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en PUENTE ABA, L.M. (Dir.), RAMOS VÁZQUEZ, J.A., y SOUTO GARCÍA, E.M. (coords.), *La respuesta*

penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010.

ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Maltrato. Art. 153”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ACALE SÁNCHEZ, M., “La concreción de la discriminación por razón de género hacia la mujer en la parte especial del Código Penal: Los tipos penales en particular”, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S. A., Madrid, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Excurso sobre el delito de malos tratos habituales en distintos ámbitos”, en *La discriminación de la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S. A., Madrid, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M. y GÓMEZ LÓPEZ, R., “Acoso-stalking: Art. 173 ter”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Las reformas en el orden procesal”, en *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus S.A., Madrid, 2006.

ALÁEZ CORRAL, B., “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal diferenciado: A propósito de la STC 59/2008”, *Aranzadi Tribunal Constitucional. Revista de Actualización*, Navarra, 2008.

ALASTUEY DOBÓN, M. C., “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

ALHAMBRA PÉREZ, P., “Cuestiones de competencia, competencia objetiva, subjetiva y funcional”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.

ALONSO GARCÍA, E., “El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española”, *Revista de la Administración Española*, nº 100-102, 1983.

ALONSO SALGADO, C., y TORRADO TARRÍO, C., “Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿una combinación posible?”, en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar” en *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, DE HOYOS SANCHO, M., (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2009.

ANTÓN GARCÍA, L., “Violencia de género ocasional: un análisis de las penas ejecutadas”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 2, Número 7, 2009.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S., “Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

ARAMENDI SÁNCHEZ, P., “Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, 30/2005.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional”, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

ARISTÓTELES, *Política, Libro II, 1280a*, Espasa Calpe, Madrid, 1985.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad” en MOLINA BLÁZQUEZ, M.C. (coord.). *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 2005.

ARROYO ZAPATERO, L., “La violencia de género en la pareja en el derecho penal español”, en www.cienciaspenales.net.

ARTAL FAULO, C.J., “Competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en www.reicaz.com/sam/competencias.

ASENCIO MELLADO, J. M., “La competencia civil de los Juzgados de Violencia frente a la mujer”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones. Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

AYA ONSALO, A., “Las reformas del Código Penal en materia de violencia doméstica”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

BALAGUER CALLEJÓN, M.L., “La Constitución Europea y la violencia de género”, *ReDCE*, nº 3, 2005.

BARNES VÁZQUEZ, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Estudio de una regulación anunciada: El delito de maltrato habitual”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penitenciarias, Volumen VII*, 1999.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: Artículo 173.2 del Código Penal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., (coord.),

Violencia de género y sistema de justicia penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BERMÚDEZ REQUENA, J. M., “Medidas judiciales de protección y valoración procesal de la declaración de la víctima”, en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., (coord.), *La violencia de género: Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007.

BLANCO LOZANO, C., “Fundamentos de la ciencia penal”, *Tratado de política criminal, Tomo I. Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito*, Bosch Editor, 2006.

BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)”, *Diario La Ley*, nº 6146, Sección Doctrina, Año XXV, Ref. D-252, 14 de diciembre de 2004.

BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., y RUEDA MARTÍN, M. A., “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 14, 2004.

BOLEA BARDÓN, C., “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9, 2007, <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf>.

BOLEA BARDÓN, C., “Comentario a los arts. 173 a 177 del CP”, en CORDOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S., (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BOMBÍN PALOMAR, V., “Problemas penales (procesales y sustantivos). Propuestas de modificación”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008.

BUZAWA, E. S. y BUZAWA, C. G., *Domestic Violence. The Criminal Justice Response*, Sage Publications, Third Ed., California, 2003.

BRAGE CENDÁN, S. B., “Los delitos de lesiones en el CP de 1995”, *Dereito*, Vol. 8, nº 1, 49-69, 1999.

CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. M., “Violencia de género y dispensa de declarar contra el cónyuge”, *La Ley*, nº 7589, Sección Jurisprudencia del TC, Año XXXII.

CABRALES LUCIO, J.M., “¿Deferencia al legislador o activismo en el control de la ley? Comentario a la Sentencia nº 59/2008, del 14 de mayo del Tribunal Constitucional español”, *Gaceta Constitucional*, nº 16.

CALVO GARCÍA, M., “La violencia de género ante la Administración de Justicia. Primeros apuntes sobre la implementación de la LO 1/2004”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.

CAMARERO BENITO, S., “Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005.

CAMARERO BENÍTEZ, S., “Aspectos sustantivos penales y civiles de la ley integral contra la violencia de género. Balance de su aplicación (comunicación)”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008.

CACHÓN CADENAS, M., “Los juicios rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

CANCIO MELIÁ, M., “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)”, *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, 002-04, 2007.

CANO VARELO, J., “Aspectos psiquiátricos de la violencia sobre la mujer”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, año 2010.

CARMONA RUANO, M., “El delito de maltrato habitual”, en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA (coord.), *La violencia de género: Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007.

CARPIO BRIZ, D.; “Comentario a los arts. 169 a 171 del CP”, en CORDOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S., (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CASTELLÓ NICÁS, N., “Concepto general de violencia de género: Un análisis crítico del art. 1.3 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “La dispensa del deber de declarar del art. 416 Lec., a debate”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M., (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista.*, Comares, Granada, 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Problemas que plantea la actual aplicación de la Ley Integral”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M., (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista.*, Comares, Granada, 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C., ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia de género”, *Revista de mediación*, año 4º, nº 7, 2011.

CATALINA BENAVENTE, M. A., “¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal?”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M. (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010.

CAZORLA PRIETO, S., “Balance de la Ley Integral 1/04, de 28 de diciembre”, III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Conferencia Inaugural, Madrid, 2009.

CERES MONTES, J.F., “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, en *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial III, CGPJ, Escuela Judicial, 2005.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., “La violencia en la pareja: prevalencia y evolución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

CERÓN HERNÁNDEZ, J. C. y MAGRO SERVET, V., “Una solución ante el problema del uso del art. 416 de la LECrim por la víctima de violencia contra la mujer en el juicio oral: la práctica de la prueba preconstituída con víctimas de violencia de género en el Juzgado de Violencia contra la Mujer”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

CHACÓN ALONSO, M. T., “Valoración de la declaración de la víctima en los delitos de violencia de género. Situaciones de falta de colaboración de la víctima en el proceso penal. Cuestiones que plantea la interpretación del artículo 416 de la LECrim”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, año 2012.

CHIRINOS RIVERA, S., “Sobre la competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la mujer”, *Tirant on line*, 2009.

COBO PLANA, J. A., “La prueba interdisciplinar de la violencia doméstica: un punto de vista médico-forense”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

COLINA OQUENDO, P., “Art. 173 del Código Penal” en RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Dir.) y MARTÍNEZ GUERRA, A., (coord.), *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, 4ª Ed., Las Rozas (Madrid), 2011.

COLL-PLANAS, G.; GARCÍA-ROMERAL MORENO, G.; MAÑAS RODRÍGUEZ, C. y NAVARRO-VARAS, L., “Cuestiones sin resolver en la Ley integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género, y entre violencia y agresión”, *Papers*, nº 87, 2008.

COMAS D'ARGEMIR, M., “El Tribunal Constitucional lo ha dejado claro” en www.elpais.com/diario/2008/05/31/opinion/1212184805_850215.html.

COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M., “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en *La reforma penal en torno a la violencia de género*, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), Atelier, Barcelona, 2009.

COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M., “La aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Circunstancia*, nº 12, 2007.

COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M., “La violencia doméstica y de género: Diagnóstico del problema y vías de solución”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007.

CORDOY BIDASOLO, M., “Problemática jurídico penal y jurídico criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso (Chile), 2010.

CORTE HEREDERO, N., Breviario de jurisprudencia constitucional en materia laboral: el derecho a la igualdad (art. 14 CE), y la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE), *Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional*, Pamplona, 2011.

CORSI, J., “La violencia hacia las mujeres como problema social. Análisis de las consecuencias y de los factores de riesgo”, en http://www.berdingune.euskadi.net/contenidos/informacion/material/es_gizonduz/adjuntos/laviolenciahacialasmujerescomoproblemasocial.pdf.

COSSÍO ARRIBAS, I., “Aspectos penales y procesales de la Ley Integral contra la Violencia de Género”, *Noticias Jurídicas*, 2005.

CRUZ PARRA, J. A., *La mediación penal. Problemática y soluciones*, Autopublicaciónlibros.com, Granada, 2013.

CUADRADO SALINAS, C., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género”, *Feminismo/s*, nº 8, diciembre 2006.

CUELLO CALÓN, E., “Tratamiento en libertad de los delincuentes. El sistema de prueba probation”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 10, fasc./mes 3, 1957.

CUERDA ARNAU, M.L., “Aproximación al principio de proporcionalidad penal”, en *Estudios jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Tomo I, Universitat de Valencia e Institut de Criminologia, Valencia, 1997.

DE ELENA MURILLO, V., “La Ley sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales”, *La Ley*, nº 6428, 23 de febrero de 2006.

DE HOYOS SANCHO, M., “La orden de protección de las víctimas de la violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2009.

DE HOYOS SANCHO, M., “La trascendencia de una exhaustiva investigación en los delitos de violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en *Encuentros de violencia doméstica*, CGPJ, Madrid, 2003.

DEL POZO PÉREZ, M., “El Juez de Violencia sobre la Mujer: Creación y competencia en el orden jurisdiccional penal”, *Anuario da Facultade de Dereito*, nº 9, 2005.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Formas substitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal Español de 1995” en ECHANO BASALDÚA, J.I., (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

DE LA MATA BARRANCO, N.J., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

DE MIGUEL HERRÁN, I., “La orden de protección, presupuestos para su adopción, protocolo, problemas probatorios y de ejecución”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

DE TORRES PORRAS, F., “Víctima y proceso”, en LAURENZO COPELLO, P., (coord.), *La violencia de género en la ley: Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010.

DELGADO CÁNOVAS, J., “Apuntes sobre la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

DELGADO MARTÍN, J., “La víctima”, *Colección Manuales de Formación Continuada*, nº 46, 2007.

DELGADO MARTÍN, J., “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Encuentros “Violencia doméstica”*, CGPJ, 2004.

DÍAZ AZNARTE, M. T., “La respuesta del ordenamiento jurídico-laboral a la situación de las trabajadoras víctimas de violencia de género”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.). *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

DÍAZ PITA, M. P., “Violencia de género: el sistema de medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

DÍAZ SERRANO, C. J., “La actuación policial en los delitos de violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Una reforma penal para olvidar”, Boletín informativo Jueces para la Democracia, nº 51, Madrid, 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de lesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol. 1, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., y GRACÍA MARTÍN, L., (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones” en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Valencia Universitat, 1998.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “La nueva política criminal española”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

DOBASH, R.; DOBASH R.E.; WILSON, M. y DALY, M. “The Myth of Sexual Symmetry in Marital Violence” en RENZETTI, C.M. y KENNEDY BERGEN, R., *Violence Against Women*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 2005.

DOLZ LAGO, M. J., “Doctrina jurisprudencial sobre el delito de quebrantamiento de medida: características del tipo objetivo y subjetivo, conocimiento de la medida y su incumplimiento consciente”, *Diario La Ley*, nº 8201, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de noviembre de 2013.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., “Cuestiones concursales en el artículo 153 del Código Penal”, en MORILLAS CUEVAS, L., (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002.

DOMÍNGUEZ RUÍZ, L., “Tutela procesal de la violencia de género: cuestiones controvertidas y soluciones recientes”, *Diario La Ley*, nº 7327, Sección Doctrina, 2010.

ECHEBURÚA ODRÓIZOLA, E. y AMOR ANDRÉS, P. J., “El maltrato de la mujer en el hogar: consecuencias psicopatológicas y programas de intervención”, en RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C. y VALMAÑA OCHAÍTA, S., (coords.), *La mujer como víctima: Aspectos jurídicos y criminológicos*; Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.

ESBEC RODRÍGUEZ, E., “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, *Revista Psicopatología clínica, legal y forense*, volumen 3, nº 2, 2003.

ESCUCHURI AISA, E., “Manifestaciones delictivas de la violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

ESQUINAS VALVERDE, P., *La mediación entre víctima y agresor en violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ESTEBAN MEILÁN, M. R., “La mediación en la violencia de género”, *Revista de Jurisprudencia*, Año VI, nº 3, 2010.

ESTIRADO DE CABO, C. “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de

adultos en la fase de instrucción y enjuiciamiento” en *La mediación civil y penal, un año de experiencia. Estudios de Derecho Judicial*, nº 136, 2007.

FARALDO CABANA, P., “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑAGORRI LAGUÍA, I. y PEGORARO, J.S. (coords.), *Órdenes normativas y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2011.

FARALDO CABANA, P., “Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal”, Tirant on line, 2008.

FARALDO CABANA, P., “Tendencias de política criminal en el control penal de la violencia de género: alternativas a la privación de libertad y vicisitudes de la ejecución de la pena de prisión para condenados por violencia de género”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

FARALDO CABANA, P., “Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género. La situación tras la reforma de 2010”, en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la violencia de género”, *Revista Penal La Ley*, nº 17, 2006.

FARALDO CABANA, P., “Las penas de los delitos de violencia de género” en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M., (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista.*, Comares, Granada, 2010.

FARALDO CABANA, P., “La multifuncionalidad de las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal español (segunda parte). El régimen especial para los delitos cometidos contra personas integradas en el ámbito familiar y cuasi-familiar y para la violencia de género”, Tirant on line, 2008.

FARRÉ DÍAZ, E., “Comentario al art. 173 del CP”, en CRUZ DE PABLO, J. A., (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Difusión, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. y OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I., “Falta de lesiones”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “El sistema de tutela ante la violencia de género: Aspectos jurídicos y políticos”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ PÉREZ, P., “Legitimación de la intervención punitiva frente a la violencia contra la mujer. Posibles soluciones frente al automatismo punitivo” en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

FERRAJOLI, L., “La igualdad y sus garantías”, en RUÍZ MIGUEL, A. y MACÍA MORILLO, A., *Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 13, Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2009.

FERREIRO BAAMONDE, X., “La tutela de la víctima de violencia de género: la seguridad como objetivo del proceso penal”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M. (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010.

FERRER GARCÍA, A., “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley Integral”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005.

FUENTES OSORIO, J. L., “Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-16, 2013.

FUENTES SORIANO, O., “Acciones positivas, tutela penal y tutela judicial en la ley integral”, en GÓMEZ COLOMER, J. L., *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2007.

GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., “El maltratador de violencia de género inimputable versus esposa-cuidadora víctima de violencia de género”, *La Ley*, año XXXIII, nº 7967, 2012.

GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., “Delitos contra la integridad física. Delito de lesiones: Art. 147 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., “Acoso-stalking: Art. 173 ter”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GALDEANO SANTAMARÍA, A., “Falta de lesiones”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GAMINDE MONTOYA, A., “Violencia sobre la mujer (una ley apresurada, la 1/2004)”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

GARCÍA ÁLVAREZ, P., “Precedentes de la denominada violencia de género” en el Código penal español. Apuntes críticos”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA ARÁN, M., “Injusto individual e injusto social en la violencia machista: A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja”, en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. y CUERDA ARNAU, M. L. (coords.), *Constitución*,

derechos fundamentales y derecho penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA CELAÁ, B., “Violencia de género. El delito de maltrato del actual artículo 173 del CP tras la reforma operada por la LO 11/2003”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones. Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., “Cuestiones generales sobre igualdad, violencia y violencia de género en política criminal”, en FERNÁNDEZ SANTIAGO P., GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., GOIG MARTÍNEZ, J. M. y SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Violencia de género e igualdad (Aspectos jurídicos y sociológicos)*, Universitas, Madrid, 2014.

GARCÍA ORTÍZ, L., “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género. Cuestiones derivadas de su aplicación e integración con el resto de medidas cautelares previstas en el ordenamiento”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006.

GARCÍA PÉREZ, O., “La razonabilidad de la proporcionalidad en los sistemas orientados a la prevención general”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-09, 2007.

GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1991.

GARCÍA RUBIO, M. P., “El marco civil en la violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2009.

GARCÍA SAN MARTÍN, J., “La suspensión ordinaria de la ejecución de las penas” en *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*, Dykinson, Madrid, 2012.

GARCÍA SAN MARTÍN, J., “Las prohibiciones de comunicación y aproximación con la víctima en el ámbito de los delitos relacionados con la violencia de género”, *Revista Jurídica Canaria*, nº 19, 2010.

GARCÍA SÁNCHEZ, A. M., “Competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: competencia personal, objetiva, y territorial”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

GARCÍA VALVERDE, M. D., “El agresor en la violencia de género. Análisis desde el punto de vista del derecho del trabajo y de la seguridad social”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.). *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

GARCÍA ZAFRA, I., “La asistencia jurídica gratuita tras la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

GARROCHO SALCEDO, A.M., “El consentimiento de la víctima de violencia de género en relación con las penas y medidas de alejamiento” en *Temas actuales de investigación en Ciencias Penales: Memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.), Aquilafuente Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.

GENOVÉS GARCÍA, A., “Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal”, en *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*, Bosh, Barcelona, 2009.

GUERARDI, N., “Violencia contra las mujeres: Protección e igualdad. ¿Una relación incómoda?”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 2009-III.

GUILIARTE MARTÍN-CALERO, C., “Guarda y custodia de menores y régimen de comunicación y estancia en violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Prólogo a la décima edición del Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, E., “La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional”, en *El Mundo*, 16 de junio de 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *La violencia de género ante el TC*, Diario El Mundo, Año XVIII, nº 6755, 16 de junio de 2008, <http://reggio.wordpress.com/2008/06/16/la-ley-de-violencia-de-genero-ante-el-tribunal-constitucional-de-enrique-gimbernata-en-el-mundo/>.

GIMBERNAT ORDEIG, E., “La mujer y el Código Penal español”, en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Recensión sobre GAVARA DE CARA, J.C., *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, Uned, 2007.

GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004.

GIMÉNEZ GLÜCK, D. “Acción positiva y Ley Integral contra la violencia de género”, en *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ministerio de Justicia y Secretaría General Técnica, Madrid, 2005.

GIMÉNEZ GLÜCK, D. y VALLDECABRES ORTÍZ I., “La constitucionalidad de la protección penal específica para las mujeres víctimas de violencia de género”, en *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ministerio de Justicia y Secretaría General Técnica, Madrid, 2005.

GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, R., “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado”, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 15, 1996.

GÓMEZ HERMOSO, M. R.; MUÑOZ VICENTE, J. M.; VÁZQUEZ MEZQUITA, B.; GÓMEZ MARTÍN, R. y MATEOS DE LA CALLE, N., *Guía de buenas prácticas para la evaluación psicológica forense del riesgo de*

violencia contra la mujer en las relaciones de pareja (VCMP), Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Madrid, 2012.

GÓMEZ RECIO, F., “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Éxito y fracaso”, *La ley* nº 7899, Sección Doctrina, Año XXIII, 2012.

GÓMEZ RIVERO, M. C., “El presunto injusto de los delitos contra la violencia de género”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GÓMEZ RIVERO, C., “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, *Revista Penal*, nº 6, 2000.

GÓMEZ VILLORA, J. M., “Cuestiones prácticas en la instrucción de los delitos de violencia contra la mujer, con especial referencia a la Jurisprudencia emitida en estos tipos de delitos”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.

GONZÁLEZ CANO, M. I., “La tutela judicial en la Ley Integral contra la violencia de género”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La doctrina constitucional en materia de delitos de violencia de género”, *Colección Cuadernos Digitales de formación*, 2008.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad” en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. et al; *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GONZÁLEZ GRANDA, P., “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género”, *La Ley*, Año XXVI, nº 6214, 2005.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998.

GÓNZÁLEZ PASTOR, C. P., “Delimitación del concepto de persona especialmente vulnerable en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 17, 2005.

GONZÁLEZ RUS, J. J., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

GÓNZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A., “Inscripción: Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género”, *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y de género*, Sepín, Las Rozas (Madrid), 2014.

GRACIA MARTÍN, L., “Comentario al art. 153 del CP”, DÍEZ RÍPOLLÉS, J. L. y GRACÍA MARTÍN, L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a IV y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GROSMAN, C. P., MESTERNAN, S. y ADAMO, M. T., *Violencia en la familia. La relación de pareja: Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1989.

GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., “Las buenas prácticas para las víctimas de violencia de género: Especial referencia a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012”, *La Ley* nº 8226, Sección Tribuna, Las Rozas (Madrid), Año XXXV, 2014.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., “La reeducación de los condenados por actos de violencia de género: expectativas de futuro”, *La Ley* nº 7651, Sección Doctrina, Las Rozas (Madrid), Junio, 2011.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., “Cuestiones de organización y de competencia en la nueva LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la

Violencia de Género: los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer”, *Colección Revista del Poder Judicial*, nº 79, 2005.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “La facultad de abstención del deber de declarar por vínculos personales con la persona acusada”, *Colección Estudios de Derecho Judicial*, nº 139, 2007.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “La violencia de género: una mirada desde el trabajo social”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.). *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

HERNANDO GARCÍA, R. M., “El bien jurídico protegido en los delitos de violencia de género”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., “La orden de protección”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007.

HIGUERA GUIMERÁ, J-F., “Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género”, en *La reforma penal en torno a la violencia de género*, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), Atelier, Barcelona, 2009.

IGLESIAS GARCÍA, M. J., “Estudio de los diferentes tipos penales referentes a la violencia de género”, en *Manual de la lucha contra la violencia de género*, MARCHAL ESCALONA, A.N., (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2010.

IÑIGO CORROZA, E. “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género: aspectos jurídicos-penales, procesales y laborales*, Muerza Esparza, J. (coord.), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

JAÉN VALLEJO, M., “El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género” en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

JAVATO MARTÍN, M., “El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencial” en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2009.

JERÉZ GARCÍA, C., “El delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar. Violencia de género”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, 2009.

JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, nº 9, septiembre-diciembre, 1983.

JIMÉNEZ MUÑOZ, B., “La duración de la orden de protección”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008.

JIMENO BULNES, M., “Violencia de género: Aspectos orgánicos y competenciales”, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

JOHSON, M.P., “Control and violence in intimate relationships”, en *A typology of Domestic Violence, Intimate Terrorism, Violent Resistance and Situational Couple Violence*, Northeastern University Press, New England (USA), Maryland, 2008.

KAHALE CARRILLO, D. T., *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010.

LARRAMENDI LOPERENA, C., “Víctimas especialmente vulnerables”, *IV Congreso del Observatorio de Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 16 y 17 de noviembre de 2011.

LARRAURI PIJOAN, E., “El género de la violencia: La visión de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género”, en <http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/130747/180492>, Proyecto de Investigación SEJ2005-08955-C02-01/JURI.

LARRAURI PIJOÁN, E., “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, Madrid, 2009.

LARRAURI PIJOÁN, E., “Igualdad y violencia de género”, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 1, Barcelona, 2009.

LARRAURI PIJOÁN, E., “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la Democracia*, nº 19, 1996.

LARRAURI PIJOÁN, E., “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la Democracia*, nº 25, 1996.

LARRAURI PIJOÁN, E., “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 12, 2003.

LARRAURI PIJOÁN, E., “Violencia de género ocasional: un análisis de las penas ejecutadas”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 2, Número 7, 2009.

LARRAURI PIJOÁN, E., “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998.

LAURENZO COPELLO, P., “Violencia de género y derecho penal de excepción: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.

LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, 2005.

LAURENZO COPELLO, P., “Modificaciones de derecho penal sustantivo derivadas de la ley integral contra la violencia de género”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006.

LAURENZO COPELLO, P., “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

LEGANÉS GÓMEZ, S., “Evolución de los programas para los agresores” en MARTÍNEZ GARCÍA, E., y VEGAS AGUILAR, J.C., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LIBANO BERISTAIN, A., “Consideraciones críticas acerca de la especialización judicial en la Ley Orgánica 1/2004”, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

LÓPEZ DEL MORAL ECHEVARRÍA, J. L., “Quebrantamiento de pena y de medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación. Problemas que plantea el consentimiento de la víctima. Distintos criterios de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008.

LÓPEZ PEREGRÍN, C., “Amenazas, coacciones y violencia de género”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

LÓPEZ TÉBAR, E., “La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto del juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar”, *Revista del Poder Judicial*, nº 85, 2007.

LORCA NAVARRETE, J.F., *Introducción al Derecho II. Derechos fundamentales y jurisprudencia*, Pirámide, Madrid, 1991.

LORENTE ACOSTA, M., “Violencia de género, educación y socialización: acciones y reacciones”, *Revista de Educación*, nº 342, 2007.

LOUSADA AROCHENA, J. F., “Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Revista del Poder Judicial*, nº 88, 2009.

LUACES GUTIÉRREZ, A. I., “Cuestiones controvertidas en torno a la competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en DE HOYOS SANCHO, M (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

MACÍAS JARA, M., “La tutela penal reforzada. Una garantía de los derechos fundamentales afectados en los delitos de violencia de género”, en <http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/M2Com-MariaMacias.pdf>.

MAGARIÑOS YÁNEZ, J. A., “El término violencia de género”, en *El derecho contra la violencia de género*, Montecorvo, S.A., Madrid, 2007.

MAGARIÑOS YÁNEZ, J. A., “La tutela institucional”, en *El derecho contra la violencia de género*, Montecorvo, S.A., Madrid, 2007.

MAGARIÑOS YÁNEZ, J. A., “Medidas de sensibilización, prevención y detección”, en *El derecho contra la violencia de género*, Montecorvo, S.A., Madrid, 2007.

MAGARIÑOS YÁNEZ, J. A., “El Ministerio Fiscal en el sistema contra la violencia de género”, en *El derecho contra la violencia de género*, Montecorvo, S.A., Madrid, 2007.

MAGARIÑOS YÁNEZ, J. A., “Las medidas cautelares en la violencia de género”, en *El derecho contra la violencia de género*, Montecorvo, S.A., Madrid, 2007.

MAGRO SERVET, V., “El auto del TC 233/2004, de 7 de junio y la constitucionalidad del art. 153 del Código Penal y la Ley 11/2003, de 29 de septiembre”, *La Ley*, año XXV, nº 6088, 2004.

MAGRO SERVET, V., y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual Práctico sobre la Ejecución Penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

MAGRO SERVET, V., y SOLAZ SOLAZ, E., “La suspensión de la ejecución de la pena” en *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C. y CUÉLLAR OTÓN, P., “La aplicación de los programas formativos de reeducación para condenados por delitos relacionados con la violencia de género, en aplicación de las medidas de suspensión de la ejecución de la pena: El programa de la Audiencia Provincial de Alicante” en MARTÍNEZ GARCÍA, E., y VEGAS AGUILAR, J.C., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MAGRO SERVET, V., “Ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49 del Código Penal, Ley 15/2003, de 25 de noviembre)”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, IV, 2005.

MAGRO SERVET, V. “Los juzgados de violencia sobre la mujer: una propuesta de mejora”, *Colección Revista del Poder Judicial*, nº especial XIX-2006.

MAGRO SERVET, V., “El Juzgado competente para conocer de la violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005.

MAGRO SERVET, V. “La mediación familiar”, *Práctica de Tribunales* nº 23, 2006.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y

REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “La protección mediante el alejamiento” en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Suspensión, sustitución y ejecución de la pena de prisión”, en *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008.

MAQUEDA ABREU, M. L., *Suspensión condicional de la pena y Probation*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

MAQUEDA ABREU, M. L., “Perspectiva victimológica en el análisis penal de la Ley Integral 1/2004”, XVII Seminario Duque de Ahumada (4 y 5 de mayo de 2009), 2007.

MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia contra las mujeres: Una revisión crítica de la Ley Integral”, *La Ley*, nº 18, 2006.

MAQUEDA ABREU, M. L., “El nuevo delito de matrimonio forzado: Art. 172 bis CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 08-02, 2006.

MAQUEDA ABREU, M. L., “1989-2009: Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M. (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “La violencia doméstica como problema social”, en *La violencia doméstica: Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLO, E. B., “El delito de maltrato en el ámbito familiar: Un análisis de derecho comparado en el Código Penal español, alemán, portugués y sueco”, *Revista Penal*, nº 11, 2003.

MARTÍN AGRAZ, P., *Tutela penal de la violencia de género y doméstica*, Bosch, Barcelona, 2011.

MARTÍN CUBAS, J., “El concepto de igualdad en una democracia avanzada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, nº 53, 1998.

MARTÍN DIZ, F., “Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2009.

MARTÍN DIZ, F., “Resolución alternativa de conflictos penales” en <http://www.criminologia.org.es/aportaciones/primer/conflictos.pdf>.

MARTÍNEZ DERQUI, J., “Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

MARTÍNEZ DERQUI, J., “La valoración del riesgo de las víctimas de violencia de género. Análisis de la situación actual. Medidas de Protección”, *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 3, Barcelona, 2009.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”, en GARCÍA VALDÉS, C., MARISCAL DE GANTE, M. V., CUERDA RIEZU, A. R., MARTÍNEZ

ESCAMILLA, M., (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., “La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MATA Y MARTÍN, R. M., “Algunas dificultades de la noción y de la Ley de Violencia de Género”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

MAYOR TEJERO, C., “La aplicación real de las normas sobre violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

MEDINA GUERRERO, M., “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998.

MENDOZA CALDERÓN, S., “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: La introducción del nuevo artículo 153 del Código Penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

MERINO SANCHO, V. M., “El concepto de violencia en la ley orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género. La formalización de la incorporación de género al ordenamiento”, en *Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español: Perspectivas y prospectivas*, Thomson Reuters, 2012.

MILLÁN DE LAS HERAS, M. J., “La negativa a declarar de la víctima ex artículo 416 en los supuestos de violencia de género. Posibilidades de amparo de este derecho y supuestos de no permisividad en atención a la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

MIMBRERA TORRES, E., “Comentario al art. 153 del CP”, en CRUZ DE PABLO, J. A., (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Difusión, Madrid, 2008.

MIMBRERAS TORRES, E., “Comentario al art. 172 del Código Penal”, en CRUZ DE PABLO, J. A., *Comentarios al Código Penal*, Difusión, Madrid, 2008.

MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *Violencia de género vs violencia doméstica: Consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Grupo Difusión, Madrid, 2006.

MIRAT HERNÁNDEZ, P., *Detenciones ilegales (artículo 163 del Código Penal)*, Edersa, Madrid, 2001.

MOLINA BLÁZQUEZ, C; MIRAT HERNÁNDEZ, P y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “El tratamiento penal de la violencia de género”, en: GARCÍA MINA-FREIRE, A. (coord.). *Violencia contra las mujeres en pareja. Claves de análisis y de intervención*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010.

MOLINA CABALLERO, M. J., “Reflexiones acerca del estatus de la víctima en los procesos sobre violencia de género”, en LAURENZO COPELLO, P., (coord.), *La violencia de género en la ley: Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Desigualdades penales y violencia de género”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2009.

MONGE FERNÁNDEZ, A., “La violencia de género como delito habitual (impropio)”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A., y RUEDA MARTÍN, M. A., *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

MONTALBÁN HUERTAS, I., “Ley Integral contra la violencia de género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006.

MONTALBÁN HUERTAS, I., “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género. Un instrumento normativo novedoso”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, nº 4, Barcelona, 2007.

MONTERO DE ESPINOSA RODRÍGUEZ, N., “Los instrumentos de valoración del daño en la violencia de género”, *Colección Estudios de Derecho Judicial*, 2007.

MONTERO GÓMEZ, A., “Peligrosidad y daño en la violencia de género a la que se refiere la Ley Integral: Prevención Penal”, *Colección Estudios de Derecho Judicial*, 2007.

MORAL MORO, M. J., “Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas en la ley integral contra la violencia de género”, *Revista Jurídica de Castilla León*, nº 14, 2008.

MORENO VERDEJO, J.; “Análisis del delito de maltrato familiar habitual. Anexo de Jurisprudencia”, *Colección Cuadernos de derecho judicial*, 2007.

MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho Penal y la Violencia Doméstica”, *Encuentros Violencia Doméstica*, 2004.

MORILLAS FERÁNDEZ, D.L., *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., “El delito de violencia doméstica” en *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003.

MUERZA ESPARZA, J., “Los denominados juicios rápidos”, *Revista Poder Judicial*, número especial XIX, 2006.

MUERZA ESPARZA, J., “Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J. (coord.). *Comentario a la Ley*

Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género: aspectos jurídicos-penales, procesales y laborales, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

MÚGICA SAN EMETERIO, E., “El perfil psicológico de la víctima y el agresor”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, parte general*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, F., “Violencia familiar y género en la ley orgánica 1/2004” en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

NAVARRO CARDOSO, F., “Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de derecho penal “simbólico” y derecho penal del enemigo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 17, 2006.

NAVARRO FRÍAS, I., “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 2/2010, Barcelona, 2010.

NAVARRO MICHEL, M., “El matrimonio forzado como manifestación de la violencia de género”, en SÁNCHEZ URRUTIA, A. y PUMAR BELTRÁN, N., (coords.), *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.

NAVARRO VILLANUEVA, C., *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002.

NIETO GARCÍA, A. J., “Consumo de alcohol y drogas y *actio libera in causa*”, *La Ley*, año XXXIII, nº 7967, 2012.

NOYA FERREIRO, L., “La protección de la mujer víctima de violencia de género en Galicia: Regulación procesal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 28, 2008.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., “El delito de malos tratos en el ámbito familiar”, *TOL169.151@www.tirantonline.com*, 2002.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal. El maltrato habitual”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T., “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I. J., JAÉN VALLEJO, M., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M. T., en *Tutela Penal y Tutela Judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

OLEAGA ORUE-REMENTERIA, A., “Protocolo de actuación para la ejecución del a pena de trabajos en beneficio de la comunidad y los cursos en los casos de delitos de violencia de género contra la mujer, delitos de violencia doméstica y delitos contra la seguridad del tráfico”, *Revista Jurídica de Canarias*, nº 18, 2010.

OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: Análisis teórico y jurisprudencial*. Atelier, Barcelona, 2001.

OLMEDO GAYA, A. I., “La violencia de género en la normativa del empleo público español”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.). *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

ORDEÑALA GEZURAGA, I., “Mediación penal: La alternativa jurisdiccional que funciona”, *XVII Congreso de Estudios Vascos: Gizarte aurrerapen iraunkorrerako berrikuntza= Innovación para el progreso social sostenible*, Donostia, 2012.

PALOMAR OLMEDA, A., “Información estadística y registros. Oficinas de atención a la víctima de delitos violentos y ley integral”, en *Administración de Justicia en la Ley Integral contra la violencia de género*, Ministerio de Justicia, 2005.

PALLARÉS QUEROL, M., *Violencia de género. Reflexiones sobre la relación pareja y la violencia contra las mujeres*, Marge Books, Valencia, 2012.

PALLARÉS RODRÍGUEZ, M., *Prólogo a la suspensión de la ejecución y sustitución de las penas* de GARCÍA SAN MARTÍN, Dykinson, Madrid, 2012.

PAZ RODRÍGUEZ, J. I., “La violencia basada en el género. Orígenes, mecanismos y consecuencias”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, número 1, 2007.

PAZ RODRÍGUEZ, J. I., “Los mecanismos de la violencia, sus consecuencias en las víctimas y sus implicaciones en la intervención profesional”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

PELAYO LAVÍN, M., “¿Es necesaria una reforma del artículo 416 de la LECrim para luchar contra la violencia de género?”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2009.

PERAMATO MARTÍN, T., “Medidas Cautelares y Penas en el ámbito de la violencia de género”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.

PERAMATO MARTÍN, T., *Desigualdad por razón de orientación sexual e identidad de género, homofobia y transfobia*, Aranzadi, Navarra, 2014.

PERAMATO MARTÍN, T., “Violencia de género, una realidad internacional”, *Estudios Jurídicos*, nº 2011, 2011.

PERAMATO MARTÍN, T., “La orden de protección”, *Colección manuales de formación continuada*, 2007.

PERELA LARROSA, M., “Violencia de género: Violencia psicológica”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, número 11-12, 2010.

PERELLO DOMENECH, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia*, nº 28, 1999.

PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, A. M., “Medidas integrales contra la violencia de género. (Ley Orgánica 1/2004, 28-12)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 22, 2005.

PÉREZ GINES, C. A., *Derecho, realidad social y violencia de género. Un breve enfoque criminológico*, Difusión, Madrid, 2011.

PÉREZ MACHÍO, A. I., “La perspectiva del género en el Código Penal. Especial consideración del art. 153 del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Volumen XXX, 2010.

PIÑEIRO ZABALA, I., “La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECrim”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 24, 2011.

PLANCHADELL GARGALLO, A., “Los presupuestos procesales en la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género: competencia y legitimación”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.). *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicaciones de la Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2007.

POLAINO NAVARRETE, M., “La Ley Integral contra la violencia de género y la inflación del derecho penal: luces y sombras”, en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., (coord.), *La violencia de género: Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007.

POLAINO-ORTS, M., “La legitimación constitucional de un Derecho Penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer”, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 3, Barcelona, 2008.

PORTERO HENARES, M., “Delito de maltrato habitual: art. 173.2 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

POZA CISNEROS, M., “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad”, en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial/Consejo General del Poder Judicial, 1996.

PRIETO SANCHÍS, L., “Tribunal Constitucional y el positivismo jurídico”, *Doxa*, nº 23, 2000.

PUENTE SEGURA, L., “Suspensión ordinaria del fallo” en *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 22, 2005.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “La última respuesta penal a la violencia de género”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2006.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., en *Derecho Penal Español. Parte especial*, Atelier, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., “Delitos contra la libertad”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) y MORALES PRATS, F., (coord.), *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2011.

QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015.

RAMÓN RIBAS, E., “Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M. (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010.

RAMÓN RIBAS, E., “Derecho Penal y Violencia de Género”, TOL1.233.216@www.tirantonline.com.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 9, 2005.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Los diferentes conceptos de violencia de género en la legislación estatal y autonómica”, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y SOUTO GARCÍA, E. M. (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Comares, Granada, 2010.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”, *AFDUDC*, Nº 10, 2006.

RASILLO LÓPEZ, P., “Problemas derivados de la aplicación de los tipos penales: Noviazgos y relaciones afines. Alcance de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal. Sujetos pasivos del art. 153.2 y 173.2: Convivencia. Concurso de normas: Subtipos agravados de los arts. 153, 171 y 172 del Código Penal en relación con el art. 173.2 pfo 2º del Código Penal”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008.

REY MARTÍNEZ, F.; ALÁEZ CORRAL, B.; RUÍZ MIGUEL, A., y FARALDO CABANA, P., “Protección penal desigual y violencia de género”, en HUERTA TOCILDO, S. y PÉREZ MANZANO, M., (Dirs.), *Cuestiones Actuales de la Protección de la Vida y la Integridad Física y Moral.*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

RINCÓN VELÁZQUEZ, S., “Tratamiento de las víctimas” en MARTÍNEZ GARCÍA, E., y VEGAS AGUILAR, J.C., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

RÍOS MARTÍN, J. C.; PASCUAL RODRÍGUEZ, E.; BIBIANO GUILLÉN, A., y SEGOVIA BERNABÉ, J. L., “La mediación penal”, en *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de*

la violencia y el sufrimiento humano, Ed. Colex, 2ª edición, Majadahonda (Madrid), 2008.

RIOS MARTÍN, J. C., y OLALDE ANTAREJOS, A., “Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”, *Revista de Mediación*, año 4, nº 8 segundo semestre, 2011.

RIVAS VALLEJO, P., “La protección social frente a la violencia de género”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 5, 2007.

RIVERA GONZÁLEZ, G., “Programa de tratamiento para maltratadores en instituciones penitenciarias”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, año 2008.

ROÍG TORRES, M., “La delimitación de la violencia de género: Un concepto espinoso”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXII, 2012.

RODRÍGUEZ CASTRO, J., “El pronunciamiento de las medidas cautelares en procedimientos sobre violencia de género”, *La Ley*, nº 7952, Sección Tribuna, 26 de octubre de 2012.

RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., “Artículo 147 del CP”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Dir.) y MARTÍNEZ GUERRA, A., (coord.), *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, 4ª Ed., Las Rozas (Madrid), 2011.

RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.; “Artículo 153 del CP”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Dir.) y MARTÍNEZ GUERRA, A.; (coord.), *Código Penal Concordado y Comentado*, La Ley, Madrid, 2011.

RUANO RODRÍGUEZ, L., “Protección de las víctimas de violencia de género en el ámbito del trabajo y de la seguridad social: aspectos sustantivos y procesales”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006.

RUBIDO DE LA TORRE, J.L. “Breves apuntes del ajuste de constitucionalidad (penal) de la Ley Integral 1/2004, de 28 de diciembre de Violencia sobre la Mujer”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 61, nº 2049, 2007.

RUBIDO DE LA TORRE, J.L., *Ley de Violencia de Género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 31, 1991.

RUEDA MARTÍN, M. A., “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

RUÍZ DE ALEGRÍA, C., “La orden de protección. Algunas consideraciones prácticas sobre la problemática en cuanto a la aplicación y eficacia de la misma”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

RUÍZ-RICO RUÍZ-MORÓN, “Problemas derivados de la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49) y de la pena de alejamiento (art. 57), así como de la suspensión de penas (art. 83 y 84), en cuanto a la preceptiva remisión a los planes formativos. Experiencias prácticas”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008.

SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., “La dispensa en nuestro ordenamiento penal”, *La Ley*, nº 8430, Sección Tribuna, Año XXXV, 2014.

SALINERO ECHEVARRÍA, S., “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, *Política Criminal*, Vol. 6, nº 11, 2011.

SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Tratamiento de la violencia de género en España. Perspectiva legal. Perspectiva real”, *La Ley*, nº 8194, 2013.

SAN SEGUNDO MANUEL, T., “Impacto de la violencia de género”, en FERNÁNDEZ SANTIAGO P., GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., GOIG MARTÍNEZ, J. M. y SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Violencia de género e igualdad (Aspectos jurídicos y sociológicos)*, Universitas, Madrid, 2014.

SAN SEGUNDO MANUEL, T., “Incidencia de la violencia de género en el ámbito civil de la familia y los menores”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

SANAHUJA, M., “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en ECHANO BASALDÚA, J. I., (Dir.), *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, A., “La intervención psicosocial con las víctimas de violencia de género”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SÁNCHEZ OREJAS, A. M., “Tratamiento policial a la violencia doméstica y de género”, *Colección cuadernos de formación continua*, 2009.

SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, A. “La pena de alejamiento: constitucionalidad de su imposición obligatoria”, *La Ley*, nº 7589, Sección La sentencia del día, Año XXXII.

SÁNCHEZ SISCART, J. M., “El elemento finalístico en el delito de maltrato del art. 153 CP en relación con el art. 1 de la Ley de Violencia de Género. Anexo de Jurisprudencia”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008.

SÁNCHEZ YLLERA, I., “El maltrato no habitual en pareja agravado por razón de género”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, nº 12, 2012.

SANCHO CASAJÚS, C., “La violencia doméstica y de género en los Juzgados de Guardia. Los Juicios Rápidos”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

SANDE MAYO, M. J., “La imposición “en todo caso” de la prohibición de aproximación” en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

SANZ MORÁN, A. J., “Las últimas reformas del Código Penal en los delitos de violencia doméstica y de género”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela*

jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales, Lex Nova, Valladolid, 2009.

SANZ MULAS, N., “Tutela penal”, en *Comentarios Breves a la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Iustel, Madrid, 2005.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L., “Incidencia en el ámbito laboral de la violencia de género”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

SEMPERE NAVARRO, A. V., “Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J. (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género: aspectos jurídicos-penales, procesales y laborales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

SENÉS MOTILLA, C., “Los Jugados de Violencia sobre la Mujer y sus competencias” en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2007.

SENÉS MOTILLA, C., “Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género”, en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., (coord.), *La violencia de género: Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007.

SERRANO ARGÜELLO, N., “Las insuficiencias en la protección a las víctimas de violencia contra las mujeres para quienes ejercen un trabajo por cuenta propia”, en DE HOYOS SANCHO, M., (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

SERRANO MASIP, M., “La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos de violencia de género a través del juicio rápido”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SIERRA FERNÁNDEZ, J., “La mediación en la violencia de género”, *Revista de Jurisprudencia*, Año VI, nº 3, 2010.

SILVERZWEIG, M. Z., “Domestic Terrorism: The debate and gender divides”, *Journal of Law & Family Studies*, Vol. 12, nº 1, 2010.

SOLAZ SOLAZ, E. “Contenido y alcance de la dispensa prevista en el art. 416 de la LECrim”, *Colección cuadernos digitales de formación*, 2008.

TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las lesiones” en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) y MORALES PRATS, F., (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2011.

TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) y MORALES PRATS, F., (coord.), *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2011.

TARDÓN OLMOS, M., “La interpretación de la análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”, *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Aplicación Jurisdiccional*, Madrid, del 21 a 23 de octubre de 2009, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/relacionados/La-interpretacion-de-la-analoga-relacion-de-afectividad---i-aun-sin-convivencia--i->.

TARDÓN OLMOS, M., “Elementos objetivos y subjetivos, en su caso, en los delitos de violencia de género”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

TARDÓN OLMOS, M., “El delito de violencia habitual del art. 173.2 Código Penal”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, número 12, 2012.

TARDÓN OLMOS, M., “La orden de protección: cuestiones principales”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

TEJADA y DEL CASTILLO, M., “Los malos tratos de la mujer en el ámbito familiar. ¿Es posible acabar con ellos?”, *Jornadas Violencia y Sociedad*,

Alicante, 23 a 25 de abril de 2003, en http://www.dip-alicante.es/formacion/es/menu/almacen/violencia_y_sociedad/mesa4/Manrique_Tejada.PDF.

TENA ARAGÓN, M. F., “Suspensión y sustitución de penas en delitos de violencia de género”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

TENA FRANCO, I., “Valoración de las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2008.

TORRES DEL MORAL, A., *Principios del Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Tomo II, Madrid, 1992.

TORRES ROSSEL, N., “Las sanciones penales en la lucha contra la violencia de género” en *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

TRAPERO BARREALES, M. A., “Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad: Arts. 71 y 80 a 88CP”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

VALLDECABRES ORTÍZ, I., “La tutela penal en la ley integral” en *Administración de Justicia en la Ley Integral contra la violencia de género*, Ministerio de Justicia, 2005.

VALMAÑA OCHAÍTA, S., “Igualdad y no discriminación en el derecho penal: El tratamiento de la violencia contra la mujer”, *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá IV*, 2011.

VARCÁRCEL BERNALDO DE QUIRÓS, A., “La violencia contra las mujeres”, *Colección de Estudios de Derecho Judicial*, 2007.

VARGAS GALLEGU, A. I., “La mediación en la violencia de género”, *Revista de Jurisprudencia*, Año VI, nº 3, 2010.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Efectos preventivos generales de las penas privativas de libertad ante la violencia de género”, *ICADE, Revista*

Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales, nº 74, Mayo-Agosto, 2008.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “El régimen jurídico-penal de la violencia de género: algunas consideraciones críticas” en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

VEGAS AGUILAR, J.C., “Fundamentos, naturaleza jurídica y formas de aplicación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad” en MARTÍNEZ GARCÍA, E., y VEGAS AGUILAR, J.C., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VELASCO NÚÑEZ, E., “La mediación en la violencia de género”, *Revista de Jurisprudencia*, Año VI, nº 3, 2010.

VERDEJO TORRALBA, F., “Competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Presupuestos de atribución de competencias y límites objetivos, funcionales y territoriales”, *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.

VERDEJO TORRALBA, F., “Juicios rápidos, orden de protección, medidas cautelares”, *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2009.

VIDAL CASTAÑÓN, A., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad*, Bosch Penal, Barcelona, 2006.

VIDAL CASTAÑÓN, A.- “Fundamento de ambas instituciones”, en *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad*, Bosch Penal, Barcelona, 2006.

VIEIRA MORANTE, F. J., “Breves apuntes a las reformas penales de la ley de violencia de género”, *Revista Jurídica de Canarias*, nº 1, 2006.

VILAPLANA RUÍZ, J., “Mediación y violencia de género”, *La Ley*, nº 8340, Sección Tribuna, Año XXXV, 2014.

VILAS NOGUEIRA, J., “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, nº 12, septiembre-diciembre, 1984.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-12, 2007.

VILLACORTA MANCEBO, L., “Principio de igualdad y legislador: Arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, número 130, Madrid, octubre-diciembre, 2005.

VILLALBA PÉREZ, F., “La Administración Pública ante la violencia de género”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

VILLENA CORTÉS, B., “La orden de alejamiento”, en RIVAS VALLEJO, M. P. y BARRIOS BAUDOR, G. L. (Dir.), *La violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi, Navarra, 2007.

VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ZOCO ZABALA, C., “Sobre el término de comparación en la aplicación del principio de igualdad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 77, mayo-agosto, 2006.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH, de 24 de marzo de 1988, EDJ 1988/10468.

STEDH, de 9 de junio de 1988, EDJ 1988/10474.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SENTENCIAS:

STC nº 2/1981, de 30 de enero, ponente Díez de Velasco Vallejo, EDJ 1981/2.

STC nº 11/1981, de 8 de abril, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, EDJ 1981/11.

STC nº 22/1981, de 2 de julio, ponente Begué Cantón, EDJ 1981/22.

STC nº 34/1981, de 10 de noviembre, ponente Gómez-Ferrer Morant, EDJ 1981/34.

STC nº 32/1982, de 7 de junio, ponente Begué Cantón, EDJ 1982/32.

STC nº 49/1982, de 14 de julio, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, EDJ 1982/49.

STC nº 59/1982, de 28 de julio, ponente Escudero del Corral, EDJ 1982/59.

STC nº 62/1982, de 15 de octubre, ponente Gómez-Ferrer Morant, EDJ 1982/62.

STC nº 6/1982, de 14 de diciembre, ponente Fernández Viagas Bartolomé, EDJ 1982/76.

STC nº 2/1983, de 24 de enero, ponente Escudero del Corral, EDJ 2/1983.

STC nº 26/1983, de 13 de abril, ponente Rubio Llorente, EDJ 1983/26.

STC nº 76/1983, de 26 de abril, ponente Gómez-Ferrer Morant, EDJ 1983/29.

STC nº 75/1983, de 3 de agosto, ponente Escudero del Corral, EDJ 1983/75.

STC nº 23/1984, de 20 de febrero, ponente Gómez-Ferrer Morant, EDJ 1984/23.

STC nº 61/1984, de 16 de mayo, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, EDJ 1984/61.

STC nº 67/1984, de 7 de junio, ponente Gómez-Ferrer Morant, EDJ 1984/67.

STC nº 109/1984, de 26 de noviembre, ponente Gómez- Ferrer Morant, EDJ 1984/109.

STC nº 65/1985, de 23 de mayo, ponente Begué Cantón, EDJ 1985/65.

STC nº 106/1985, de 7 de octubre, ponente Begué Cantón, EDJ 1985/106.

STC nº 155/1985, de 12 de noviembre, ponente Latorre Segura, EDJ 1985/129.

STC nº 176/1985, de 17 de diciembre, ponente Latorre Segura, EDJ 1985/150.

STC nº 15/1986, de 31 de enero, ponente Díez de Velasco Vallejo, EDJ 1986/15.

STC nº 33/1986, de 21 de febrero, ponente Begué Cantón, EDJ 1986/33.

STC nº 34/1986, de 21 de febrero, ponente Gómez-Ferrer Morant, EDJ 1986/34.

STC nº 65/1986, de 22 de mayo, ponente Latorre Segura, EDJ 1986/65.

STC nº 118/1986, de 20 de octubre, ponente Latorre Segura, EDJ 1986/118.

STC nº 148/1986, de 25 de noviembre, ponente Díaz Eimil, EDJ 1986/148.

STC nº 166/1986, de 19 de diciembre, ponente Díaz Eimil, EDJ 1986/166.

STC nº 2/1987, 21 de enero, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1987/1.

STC nº 29/1987, de 6 de marzo, ponente Vega Venayas, EDJ 1987/29.

STC nº 33/1987, de 12 de marzo, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1987/33.

STC nº 89/1987, de 3 de junio, ponente Rubio Llorente, EDJ 1987/88.

STC nº 125/1987, de 15 de junio, ponente Truyol Serra, EDJ 1987/125.

STC nº 114/1987, de 6 de julio, ponente Leguina Villa, EDJ 1987/114.

STC nº 128/1987, de 16 de julio, ponente López Guerra, EDJ 1987/128.

STC nº 196/1987, de 11 de diciembre, ponente Díaz Eimil, EDJ 1987/195.

STC nº 209/1987, de 22 de diciembre, ponente Rubio Llorente, EDJ 208/1987.

STC nº 6/1988, de 21 de enero, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, EDJ 1988/322.

STC nº 19/1988, de 19 de febrero, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, EDJ 1988/335.

STC nº 28/1988, de 23 de febrero, ponente Tomás y Valiente, EDJ 1988/344.

STC nº 109/1988, de 8 de junio, ponente Díez-Picazo y Ponce de León, EDJ 1988/425.

STC nº 166/1988, de 26 de septiembre, ponente Vega Benayas, EDJ 1988/482.

STC nº 209/1988, de 10 de noviembre, ponente Truyol Serra, EDJ 1988/525.

STC nº 231/1988, de 2 de diciembre, ponente López Guerra, EDJ 1988/547.

STC nº 253/1988, de 20 de diciembre, ponente Begué Cantón, EDJ 1988/569.

STC nº 55/1990, de 28 de marzo, ponente Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1990/3497.

STC nº 76/1990, de 26 de abril, ponente Leguina Villa, EDJ 1990/4435.

STC nº 103/1990, de 4 de junio, ponente Díaz Eimil, EDJ 1990/5857.

STC nº 186/1990, de 15 de noviembre, ponente Gimeno Sendra, EDJ 1990/10428.

STC nº 20/1991, de 31 de enero, ponente García-Mon y González-Regueral, EDJ 1991/977.

STC nº 55/1991, de 12 de marzo, ponente Gimeno Sendra, EDJ 1991/2745.

STC nº 145/1991, de 1 de julio, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1991/7121.

STC nº 189/1991, de 3 de octubre, ponente Vega Benayas, EDJ 1993/9321.

STC nº 197/1991, de 17 de octubre, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1991/9838.

STC nº 233/1991, de 10 de diciembre, ponente De los Mozos y De los Mozos, EDJ 1991/11702.

STC nº 28/1992, de 9 de marzo, ponente De los Mozos y De los Mozos, EDJ 1992/2278.

STC nº 76/1992, de 14 de mayo, ponente García-Mon y González-Regueral, EDJ 1992/4796.

STC nº 85/1992, de 8 de junio, ponente Díaz Eimil, EDJ 1992/5974.

STC nº 229/1992, de 14 de diciembre, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1992/12338.

STC nº 224/1992, de 14 de diciembre, ponente García-Mon y González-Regueral, EDJ 1992/12333.

STC nº 110/1993, de 25 de marzo, ponente García-Mon y González-Regueral, EDJ 1993/2983.

STC nº 109/1993, de 25 de marzo, ponente Gabaldón López, EDJ 1993/2982.

STC nº 111/1993, de 25 de marzo, ponente Rodríguez Bereijo, EDJ 1993/2984.

STC nº 142/1993, de 22 de abril, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1993/3778.

STC nº 158/1993, de 6 de mayo, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1993/4252.

STC nº 176/1993, de 27 de mayo, ponente González Campos, EDJ 1993/5037.

STC nº 209/1993, de 28 de junio, ponente Mendizábal Allende, EDJ 1993/6336.

STC N° 247/1993, de 19 de julio, ponente López Guerra, EDJ 1993/7321.

STC n° 245/1993, de 19 de julio, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1993/7319.

STC n° 340/1993, de 16 de noviembre, ponente González Campos, EDJ 1993/10340.

STC n° 203/1994, de 11 de julio, ponente Cruz Villalón, EDJ 1994/5924.

STC n° 215/1994, de 14 de julio, ponente García-Mon y González-Regueral, EDJ 1994/10563.

STC n° 309/1994, de 21 de noviembre, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1994/8708.

STC n° 332/1994, de 19 de diciembre, ponente Gabaldón López, EDJ 1994/9318.

STC n° 337/1994, de 23 de diciembre, ponente González Campos, EDJ 1994/9267.

STC n° 48/1995, de 14 de febrero, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, EDJ 1995/239.

STC n° 66/1995, de 8 de mayo, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1995/2054.

STC n° 48/1996, de 25 de marzo, ponente Mendizábal Allende, EDJ 1996/2055.

STC n° 55/1996, de 28 de marzo, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1996/976.

STC n° 115/1997, de 16 de junio, ponente Gimeno Sendra, EDJ 1997/4022.

STC n° 151/1997, de 29 de septiembre, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1997/6364.

STC n° 161/1997, de 2 de octubre, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1997/5477.

STC n° 234/1997, de 18 de diciembre, ponente González Campos, EDJ 1997/9285.

STC n° 134/1997, de 18 de diciembre, ponente Jiménez de Parga y Cabrera, EDJ 1997/9285.

STC nº 117/1998, de 2 de junio, ponente Gimeno Sendra, EDJ 1998/14951.

STC nº 155/1998, de 13 de julio, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1998/10013.

STC nº 174/1998, de 23 de julio, ponente Rodríguez Bereijo, EDJ 1998/10007.

STC nº 203/1998, de 15 de octubre, ponente Mendizábal Allende, EDJ 1998/20780.

STC nº 31/1999, de 8 de marzo, ponente Casas Baamonte, EDJ 1999/1843.

STC nº 106/1999, de 14 de junio, ponente García Manzano, EDJ 1999/11271.

STC nº 134/1999, de 15 de julio, ponente Casas Baamonte, EDJ 1999/19187.

STC nº 136/1999, de 20 de julio, ponente Viver Pi-Sunyer, EDJ 1999/14094.

STC nº 25/2000, de 31 de enero, ponente García Manzano, EDJ 2000/404.

STC nº 115/2000, de 5 de mayo, ponente González Campos, EDJ 2000/8895.

STC nº 181/2000, de 29 de junio, ponente García Manzano, EDJ 2000/13213.

STC nº 264/2000, de 13 de noviembre, ponente Mendizábal Allende, EDJ 2000/37183.

STC nº 8/2001, de 15 de enero, ponente Jiménez de Parga y Cabrera, EDJ 2001/38.

STC nº 180/2001, de 17 de septiembre, ponente Jiménez Sánchez, EDJ 2001/29647.

STC nº 200/2001, de 4 de octubre, ponente Conde Martín de Hijas, EDJ 2001/32232.

STC nº 39/2002, de 14 de febrero, ponente Jiménez Sánchez, EDJ 2002/1523.

STC nº 67/2002, de 21 de marzo, ponente Jiménez Sánchez, EDJ 2002/6751.

STC nº 4/2003, de 20 de enero, ponente Gay Montalvo, EDJ 2003/1409.

STC nº 63/2003, de 27 de marzo, ponente Delgado Barrio, EDJ 2003/6161.

STC n° 140/2003, de 14 de julio, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, EDJ 2003/51138.

STC n° 24/2004, de 24 de febrero, ponente Pérez Vera, EDJ 2004/5420.

STC n° 223/2004, de 29 de noviembre, ponente Sala Sánchez, EDJ 2004/184433.

STC n° 253/2004, de 22 de diciembre, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, EDJ 2004/196997.

STC n° 255/2004, de 23 de diciembre, ponente Rodríguez Arribas, EDJ 2004/196995.

STC n° 88/2005, de 18 de abril, ponente Casas Baamonte, EDJ 2005/61643.

STC n° 139/2005, de 26 de mayo, ponente Aragón Reyes, EDJ 2005/71061.

STC n° 188/2005, de 7 de julio, ponente Sala Sánchez, EDJ 2005/96488.

STC n° 251/2005, de 10 de octubre, ponente Gay Montalvo, EDJ 2005/171590.

STC n° 89/2006, de 27 de marzo, ponente Casas Baamonte, EDJ 2006/29027.

STC N° 145/2006, de 8 de junio, ponente Jiménez Sánchez, EDJ 2006/80225.

STC n° 214/2006, de 3 de julio, ponente Pérez Vera, EDJ 2006/105182.

STC n° 283/2006, de 9 de octubre, ponente Delgado Barrio, EDJ 2006/281234.

STC n° 286/2006, de 9 de octubre, ponente Casas Baamonte, EDJ 2006/278315.

STC n° 3/2007, de 15 de enero, ponente Casas Baamonte, EDJ 2007/1020.

STC n° 37/2007, de 12 de febrero, ponente Jiménez Sánchez, EDJ 2007/8238 .

STC n° 233/2007, de 5 de noviembre, ponente Jiménez Sánchez, EDJ 2007/205904.

STC n° 136/2007, de 7 de noviembre, ponente Casas Baamonte, EDJ 2007/188657.

STC n° 59/2008, de 14 de mayo, ponente Sala Sánchez, EDJ 2008/48144.

STC nº 81/2008, de 17 de julio, ponente Delgado Barrio, EDJ 2008/131243.

STC nº 139/2008, de 28 de octubre, ponente Gay Montalvo, EDJ 2008/196527.

STC nº 141/2008, de 30 de octubre, ponente Aragón Reyes, EDJ 2008/196484.

STC nº 45/2009, de 19 de febrero, ponente Rodríguez-Zapata Pérez, EDJ 2009/12861.

STC nº 127/2009, de 26 de mayo, ponente Conde Martín de Hijas, EDJ 2009/101480.

STC nº 140/2009, de 15 de junio, ponente Pérez Tremps, EDJ 2009/150236.

STC nº 164/2009, de 2 de julio, ponente Jiménez Sánchez, EDJ 2009/150418.

STC nº 202/2009, de 27 de octubre, ponente Gay Montalvo, EDJ 2009/245539.

STC nº 41 /2010, de 22 de julio, ponente Delgado Barrio, EDJ 2010/158755.

STC nº 45/2010, de 28 de julio, ponente Pérez Vera, EDJ 2010/158/718.

STC nº 60/2010, de 7 de octubre, ponente Delgado Barrio, EDJ 2010/205564.

STC nº 77/2010, de 19 de octubre, ponente Gay Montalvo, EDJ 2010/240655.

STC nº 80 /2010, de 26 de octubre, ponente Pérez Tremps, EDJ 2010/240650.

STC nº 81/2010, de 3 de noviembre, ponente Pérez Tremps, EDJ 2010/251493.

STC nº 115/2010, de 24 de noviembre, ponente Conde Martín de Hijas, EDJ 2010/265037.

STC nº 173/2011, de 7 de noviembre, ponente Gay Montalvo, EDJ 2011/258868.

STC nº 41/2013, de 14 de febrero, ponente Aragón Reyes, EDJ 2013/8459.

STC nº 61/2013, de 14 de marzo, ponente Pérez de los Cobos Orihuel, EDJ 2013/35086.

STC nº 77/2013, de 8 de abril, ponente Ortega Álvarez, EDJ 2013/53347.

AUTOS:

ATC n° 15/1984, de 11 de enero, recurso de amparo n° 722/1983, n° registro 722-1983.

ATC n° 486/1985, de 10 de julio, recurso de amparo n° 439/1985, n° registro 439-1985.

ATC n° 1112/1988, de 10 de octubre, recurso de amparo n° 152/1988, n° registro 152-1988.

ATC n° 360/1990, de 5 de octubre, recurso de amparo n° 1767/1990, EDJ 1990/12348.

ATC n° 296/1992, de 14 de octubre, EDJ 1992/21770.

ATC n° 14/1993, de 19 de enero, EDJ 1993/14241.

ATC n° 106/1997, de 17 de abril, EDJ 1997/59384.

ATC n° 106/1997, de 17 de abril, EDJ 1997/59384.

ATC n° 147/1997, de 16 de septiembre, EDJ 1997/5379.

ATC n° 165/2001, de 19 de junio, EDJ 2001/15768.

ATC n° 194/2001, de 4 de julio, EDJ 2001/90964.

ATC n° 236/2002, de 26 de noviembre, EDJ 2002/114865.

ATC n° 367/2003, de 13 de noviembre, EDJ 2003/241728.

ATC n° 420/2003, de 16 de diciembre, EDJ 2003/241789.

ATC n° 421/2003, de 16 de diciembre, EDJ 2003/241781.

ATC n° 76/2004, de 9 de marzo, EDJ 2004/267399.

ATC n° 233/2004, de 7 de junio, EDJ 2004/115623.

ATC n° 361/2004, de 21 de septiembre, EDJ 2004/267248.

ATC nº 118/2005, de 15 de marzo, EDJ 2005/171222.

ATC nº 29/2005, de 5 de julio, EDJ 2005/171248.

ATC nº 332/2005, de 13 de septiembre, EDJ 2005/131155.

ATC nº 13/2006, de 17 de enero, EDJ 2006/5568.

ATC nº 14/2006, de 17 de enero, EDJ 2006/5569.

ATC nº 15/2006, de 17 de enero, EDJ 2006/5570.

ATC nº 133/2006, de 4 de abril, EDJ 2006/ EDJ 2006/71046.

ATC nº 134/2006, de 4 de abril, EDJ 2006/71047.

ATC nº 135/2006, de 4 de abril, EDJ 2006/71048.

ATC nº 136/2006, de 4 de abril, EDJ 2006/71049.

ATC nº 467/2007, de 17 de diciembre, EDJ 2007/274730.

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIAS:

STS de 4 de diciembre de 1981, ponente García Miguel, EDJ 1981/5267.

STS de 13 de diciembre de 1982, ponente Hijas Palacios, EDJ 1982/7738.

STS de 12 de febrero de 1985, ponente Cotta Márquez de Prado, EDJ 1985/906.

STS de 6 de marzo de 1985, ponente Rodríguez López, EDJ 1985/1406.

STS de 27 de junio de 1985, ponente Cotta Márquez de Prado, EDJ 1985/3874.

STS de 30 de marzo de 1987, ponente Vivas Marzal, EDJ 1987/2498.

STS de 16 de mayo de 1989, resolviendo recurso nº 2736/1986, ponente Puerta Luis, EDJ 1989/5071.

STS de 16 de septiembre de 1991, ponente García Ancos, EDJ 1991/8618.

STS nº 413/1992, de 28 de febrero, ponente Martín Pallín, EDJ 1992/1895.

STS nº 2598/1992, de 2 de diciembre, ponente Soto Nieto, EDJ 1992/11935.

STS nº 262/1993, de 6 de febrero, ponente Ruíz Vadillo, EDJ 1993/1016.

STS nº 1443/1993, de 18 de junio, ponente Cotta Márquez de Prado, EDJ 1993/5971.

STS nº 1785/1993, de 13 de julio, ponente Martín Canivell, EDJ 1993/7047.

STS de 26 de enero de 1994, resolviendo recurso nº 2578/1992, ponente Martín Pallín, EDJ 1994/489.

STS nº 423/1994, de 2 de marzo, ponente Martín Canivell, EDJ 1994/1887.

STS nº 1200/1994, de 2 de junio, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1994/5092.

STS nº 2134/1994, de 7 de diciembre, ponente Delgado García, EDJ 1994/9791.

STS nº 408/1995, de 21 de marzo, ponente Delgado García, EDJ 1995/1120.

STS nº 892/1995, de 12 de julio, ponente Vega Ruíz, EDJ 1995/3583.

STS de 9 de febrero de 1996, resolviendo el recurso nº 932/1995, ponente Puerta Luis, EDJ 1996/704.

STS nº 333/1996, de 22 de abril, ponente García-Calvo y Montiel, EDJ 1996/4871.

STS nº 865/1996, de 14 de noviembre, ponente Puerta Luis, EDJ 1996/ 8641.

STS nº 1003/1996, de 12 de diciembre, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 1996/9159.

STS nº 1027/1996, de 16 de diciembre, ponente Soto Nieto, EDJ 1996/8995.

STS nº 1060/1996, de 20 de diciembre, ponente Soto Nieto, EDJ 1996/8999.

STS nº 259/1997, de 28 de febrero, ponente Soto Nieto, EDJ 1997/1526.

STS nº 262/1997, de 28 de febrero, ponente García Ancos, EDJ 1997/1210.

STS de 20 de mayo de 1997, resolviendo el recurso nº 705/1996, ponente Martín Pallín, EDJ 1997/4153.

STS nº 787/1997, de 3 de junio, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 1997/5176.

STS nº 797/1997, de 4 de junio, ponente Marañón Chávarri, EDJ 1997/5917.

STS nº 880/1997, de 13 de junio, ponente Martín Pallín, EDJ 1997/5182.

STS nº 917/1997, de 14 de junio, ponente Manzanares Samaniego, EDJ 1997/5551.

STS nº 1014/1997, de 9 de julio, ponente Moner Muñoz, EDJ 1997/4837.

STS nº 1208/1997, de 6 de octubre, ponente Moner Muñoz, EDJ 1997/8206.

STS nº 1259/1997, de 21 de octubre, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 1997/7881.

STS nº 770/1997, de 24 de octubre, ponente García Ancos, EDJ 1997/7856.

STS nº 1379/1997, de 17 de noviembre, ponente Martín Canivell, EDJ 1997/10009.

STS nº 1395/1997, de 18 de noviembre, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1997/8520.

STS nº 1392/1997, de 19 de noviembre, ponente Martínez-Pereda Rodríguez, EDJ 1997/9945.

STS nº 1620/1997, de 30 de diciembre, ponente Jiménez Villarejo, EDJ 1997/9372.

STS nº 225/1998, de 23 de febrero, ponente García Ancos, EDJ 1998/1280.

STS nº 270/1998, de 26 de febrero, ponente Vega Ruíz, EDJ 1998/666.

STS nº 255/1998, de 28 de febrero, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 1998/1539.

STS nº 330/1998, de 3 de marzo, ponente Puerta Luis, EDJ 1998/2320.

STS nº 919/1999, de 2 de junio, ponente Ramos Gancedo, EDJ 1999/13732.

STS nº 593/1998, de 30 de abril, ponente Jiménez Villarejo, EDJ 1998/2642.

STS nº 757/1998, de 26 de mayo, ponente Vega Ruíz, EDJ 1998/5855.

STS nº 268/1999, de 26 de febrero, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1999/983.

STS nº 645/1999, de 29 de abril, ponente Delgado García, EDJ 1999/8153.

STS nº 669/1999, de 5 de mayo, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 1999/8162.

STS nº 929/1999, de 8 de junio, ponente Puerta Luis, EDJ 1999/13749.

STS nº 950/1999, de 19 de junio, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1999/17050.

STS nº 1089/1999, de 2 de julio, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 1999/13852.

STS nº 1151/1999, de 9 de julio, ponente Delgado García, EDJ 1999/17023.

STS nº 1231/1999, de 26 de julio, ponente Delgado García, EDJ 1999/19391.

STS nº 1632/2000, de 14 de enero, ponente Marañón Chávarri, EDJ 2000/445.

STS nº 510/2000, de 28 de marzo, ponente Delgado García, EDJ 2000/3491.

STS nº 793/2000, de 10 de mayo, ponente Martín Canivell, EDJ 2000/10128.

STS nº 834/2000, de 19 de mayo, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2000/11175.

STS nº 110/2000, de 12 de junio, ponente Marañón Chávarri, EDJ 2000/13857.

STS nº 927/2000, de 24 de junio, ponente Giménez García, EDJ 2000/15864.

STS nº 927/2000, de 24 de junio, ponente Giménez García, EDJ 2000/15864.

STS nº 1161/2000, de 26 de junio, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2000/15367.

STS nº 1208/2000, de 7 de julio, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2000/23053.

STS nº 1381/2000, de 11 de septiembre, ponente Abad Fernández, EDJ 2000/27851.

STS nº 1470/2000, de 29 de septiembre, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 2000/30312.

STS nº 1523/2000, de 7 de octubre, ponente Martín Canivell, EDJ 2000/32428.

STS nº 1688/2000, de 6 de noviembre, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 2000/32433.

STS nº 1835/2000, de 1 de diciembre, ponente García-Calvo y Montiel, EDJ 2000/44228.

STS nº 1895/2000, de 11 de diciembre, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 2000/49867.

STS nº 20/2001, de 22 de enero de 2002, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 2002/446.

STS nº 256/2001, de 23 de febrero, ponente Martín Canivell, EDJ 2001/3224.

STS nº 164/2001, de 5 de marzo, ponente Jiménez Villarejo, EDJ 2001/2753.

STS nº 492/2001, de 27 de marzo, ponente Delgado García, EDJ 2001/7528.

STS nº 346/2001, de 25 de abril, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2001/5106.

STS nº 806/2001, de 11 de mayo, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2001/11727.

STS nº 861/2001, de 14 de mayo, ponente Martín Canivell, EDJ 2001/9100.

STS nº 868/2001, de 18 de mayo, ponente Martín Pallín, EDJ 2001/11762 .

STS nº 1060/2001, de 1 de junio, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2001/9444.

STS nº 1380/2001, de 11 de julio, ponente Martín Canivell, EDJ 2001/25201.

STS nº 1556/2001, de 10 de septiembre, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2001/26948.

STS nº 1681/2001, de 26 de septiembre, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2001/31207.

STS nº 1689/2001, de 27 de septiembre, ponente Soriano Soriano, EDJ 2001/33625.

STS nº 1974/2001, de 25 de octubre, ponente Soriano Soriano, EDJ 2001/41530.

STS nº 20/2002, de 10 de enero, ponente Conde Pumpido-Tourón, EDJ 2002/446.

STS nº 129/2002, de 31 de enero, ponente Granados Pérez, EDJ 2002/1480.

STS nº 1875/2002, de 14 de febrero de 2003, ponente Marañón Chávarri, EDJ 2003/3216.

STS de 1 de marzo de 2002, resolviendo recurso nº 1527/2000, ponente Martín Pallín, EDJ 2002/3979.

STS nº 523/2002, de 22 de marzo, ponente Moner Muñoz, EDJ 2002/9822.

STS nº 625/2002, de 10 de abril, ponente Colmenero Menéndez de Lueca, EDJ 2002/9886.

STS nº 687/2002, de 16 de abril, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2002/12191.

STS nº 662/2002, de 18 de abril, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2002/12198.

STS nº 809/2002, de 30 de abril, ponente Soriano Soriano, EDJ 2002/13168.

STS nº 527/2002, de 14 de mayo, ponente Jiménez Villarejo, EDJ 2002/16908.

STS nº 898/2002, de 22 de mayo, ponente Soriano Soriano, EDJ 2002/19882.

STS nº 1367/2002, de 18 de julio, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2002/29072.

STS nº 1454/2002, de 13 de septiembre, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2002/35928.

STS nº 1486/2002, de 19 de septiembre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2002/35945.

STS nº 1454/2002, de 9 de diciembre, ponente Giménez García, EDJ 2002/35928.

STS nº 2/2003, de 9 de enero, ponente Puerta Luis, EDJ 2003/993.

STS nº 162/2003, de 4 de febrero, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2003/2080.

STS nº 147/2003, de 5 de febrero, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2003/1591.

STS nº 224/2003, de 11 de febrero, ponente SÁNCHEZ MELGAR, EDJ 2003/4303.

STS nº 355/2003, de 11 de marzo, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2003/6623.

STS nº 298/2003, de 14 de marzo, ponente Soriano Soriano, EDJ 2003/4267.

STS nº 414/2003, de 24 de marzo, ponente Aparicio Calvo-Rubio, EDJ 2003/30147.

STS nº 141/2003, de 24 de marzo, ponente Aparicio Calvo-Rubio, EDJ 2003/30147.

STS nº 479/2003, de 31 de marzo, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2003/25254.

STS nº 593/2003, de 16 de abril, ponente Soriano Soriano, EDJ 2003/25264.

STS nº 625/2003, de 28 de abril, resolviendo recurso nº 3418/2001, ponente Ramos Gancedo, nº ROJ: STS nº 2886/2003, id Cendoj: 28079120012003102744.

STS nº 660/2003, de 5 de mayo, resolviendo recurso nº 2617/2001, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, ROJ STS 3046/2003.

STS nº 821/2003, de 5 de junio, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2003/35136.

STS nº 1021/2003, de 7 de julio, ponente Soriano Soriano, EDJ 2003/80542.

STS nº 1222/2003, de 29 de septiembre, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2003/130298.

STS nº 71/2004, de 2 de febrero, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2004/8293.

STS nº 349/2004, de 18 de marzo, ponente Aparicio Calvo-Rubio, EDJ 2004/31396.

STS nº 726/2004, de 4 de junio, ponente Andrés Ibáñez, EDJ 2004/259911.

STS nº 938/2004, de 12 de julio, ponente Monterde Ferrer, EDJ 2004/116091.

STS nº 793/2004, de 14 de julio, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 2004/108258.

STS nº 1162/2004, de 15 de octubre, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2004/159760.

STS nº 1225/2004, de 27 de octubre, resolviendo recurso nº 1595/2003, ponente Giménez García, EDJ 2004/183487.

STS nº 1441/2004, de 9 de diciembre, ponente Giménez García, EDJ 2004/229468.

STS nº 1427/2004, de 10 de diciembre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2004/234874.

STS nº 1436/2004, de 13 de diciembre, ponente García Pérez, EDJ 2004/234834.

STS nº 1481/2004, de 21 de diciembre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2004/234847.

STS nº 261/2005, de 28 de febrero, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2005/46983.

STS nº 419/2005, de 4 de abril, ponente Monterde Ferrer, EDJ 2006/71540.

STS nº 828/2005, de 27 de junio, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2005/108812.

STS nº 843/2005, de 29 de junio, ponente Soriano Soriano, EDJ 2005/113566.

STS nº 1156/2005, de 26 de septiembre, ponente Giménez García, EDJ 2005/187655.

STS nº 1152/2005, de 5 de octubre, ponente Granados Pérez, EDJ 2005/171706.

STS nº 1191/2005, de 10 de octubre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2005/171724.

STS nº 1091/2005, de 10 de octubre, ponente Monterde Ferrer, EDJ 2005/152989.

STS nº 1159/2005, de 10 de octubre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2005/ 162014.

STS nº 1253/2005, de 26 de octubre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2005/180410.

STS nº 1307/2005, de 27 de octubre, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2005/207232.

STS nº 1309/2005, de 11 de noviembre, ponente Giménez García, EDJ 2005/207191.

STS nº 1363/2005, de 14 de noviembre, ponente Granados Pérez, EDJ 2005/207224.

STS nº 1400/2005, de 23 de noviembre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2005/213924.

STS nº 1427/2005, de 2 de diciembre, ponente Granados Pérez, EDJ 2005/244434.

STS nº 1424/2005, de 5 de diciembre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2005/225579.

STS nº 1518/2005, de 19 de diciembre, ponente Delgado García, EDJ 2005/225085.

STS nº 69/2006, de 20 de enero, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2006/11970.

STS nº 47/2006, de 26 de enero, ponente Delgado García, EDJ 2006/6341.

STS nº 181/2006, de 22 de febrero, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2006/29225.

STS nº 259/2006, de 6 de marzo, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2006/24817.

STS nº 305/2006, de 15 de marzo, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2006/76612.

STS nº 322/2006, de 22 de marzo, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2006/59556.

STS nº 494/2006, de 30 de marzo, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2006/65300.

STS nº 409/2006, de 13 de abril, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2006/42999.

STS nº 524/2006, de 28 de abril, ponente Granados Pérez, EDJ 2006/65299.

STS nº 636/2006, de 14 de junio, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2006/89294.

STS nº 639/2006, de 14 de junio, ponente Soriano Soriano, EDJ 2006/83880.

STS nº 667/2006, de 20 de junio, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2006/94069.

STS nº 731/2006, de 3 de julio, ponente Colmenero Menéndez de Luarca, EDJ 2006/98775.

STS nº 894/2006, de 13 de septiembre, ponente Puerta Luis, EDJ 2006/275394.

STS nº 981/2006, de 17 de octubre, ponente Soriano Soriano, EDJ 2006/278377.

STS nº 1199/2006, de 11 de diciembre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2006/325644.

STS nº 1203/2006, de 11 de diciembre, ponente Soriano Soriano, EDJ 2006/325637.

STS nº 103/2007, de 16 de febrero, ponente Soriano Soriano, EDJ 2007/18014.

STS nº 134/2007, de 22 de febrero, resolviendo recurso nº 10712/2006, ponente Giménez García, EDJ 2007/18033.

STS nº 201/2007, de 16 de marzo, ponente Andrés Ibáñez, EDJ 2007/16974.

STS nº 557/2007, de 21 de junio, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2007/70221, ROJ: STS 4310/2007.

STS nº 557/2007, de 21 de junio, ponente Sánchez Melgar, ROJ: STS 4310/2007.

STS nº 625/2007, de 12 de julio, resolviendo el recurso nº 10015/2007, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 2007/104561.

STS nº 677/2007, de 20 de julio, ponente Bacigalupo Zapater, EDJ 2007/104554.

STS nº 775/2007, de 28 de Septiembre, ponente Maza Martín, EDJ 2007/175250.

STS nº 137/2008, de 18 de febrero, ponente Varela Castro, EDJ 2008/31047.

STS nº 101/2008, de 20 de febrero, resolviendo recurso nº 1433/2007, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2008/25613.

STS nº 114/2008, de 8 de abril, ponente García Pérez, EDJ 2008/35297.

STS nº 340/2008, de 3 de junio, ponente Martín Pallín, EDJ 2008/124064.

STS nº 396/2008, de 1 de julio, ponente Berdugo Gómez de la Torre, ROJ: STS 3353/2008.

STS nº 607/2008, de 3 de octubre, ponente Puerta Luis, EDJ 2008/190103.

STS nº 747/2008, de 11 de noviembre, ponente Puerta Luis, EDJ 2008/222315.

STS nº 934/2008, de 26 de noviembre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2008/262368.

STS nº 855/2008, de 12 de diciembre, ponente Andrés Ibáñez, EDJ 2008/262364.

STS nº 871/2008, de 17 de diciembre, ponente Soriano Soriano, EDJ 2008/243994.

STS nº 13/2009, de 20 de enero, ponente Colmenero Menéndez de Luarca, EDJ 2009/11753.

STS nº 61/2009, de 20 de enero, ponente Granados Pérez, EDJ 2009/11765.

STS nº 1547/2009, de 26 de marzo, ponente Varela Castro, EDJ 2009/38187.

STS nº 292/2009, de 26 de marzo, resolviendo recurso nº 11433/2008, ponente Varela Castro, EDJ 2009/38187.

STS nº 458/2009, de 13 de abril, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2009/101669.

STS nº 510/2009, de 12 de mayo, ponente Marchena Gómez, EDJ 2009/112116.

STS nº 549/2009, de 15 de mayo, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2009/134693.

STS nº 654/2009, de 8 de junio, ponente Puerta Luis, EDJ 2009/158082.

STS nº 712/2009, de 19 de junio, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2009/158054.

STS nº 716/2009, de 2 de julio, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2009/150955.

STS nº 982/2009, de 15 de octubre, ponente Colmenero Menéndez de Luarca, EDJ 2009/259073.

STS nº 1044/2009, de 3 de noviembre, ponente Gamos Gancedo, EDJ 2009/259081.

STS nº 477/2009, de 10 de noviembre, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2009/265718.

STS nº 1107/2009, de 12 de noviembre, ponente Martín Pallín, EDJ 2009/265736.

STS nº 1151/2009, de 17 de noviembre, ponente Varela Castro, EDJ 2009/307314.

STS nº 17/2010, de 26 de enero, ponente Ramos Gancedo, EDJ EDJ 2010/12444.

STS nº 61/2010, de 28 de enero, ponente Marchena Gómez, EDJ 2010/12436.

STS nº 33/2010, de 3 de febrero, ponente Varela Castro, EDJ 2010/9940.

STS nº 162/2010, de 24 de febrero, ponente Monterde Ferrer, EDJ 2010/19183.

STS nº 160/2010, de 5 de marzo, resolviendo el recurso nº 2209/09, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2010/14220.

STS nº 180/2010, de 10 de marzo, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2010/16405.

STS nº 393/2010, de 22 de abril, ponente Delgado García, EDJ 2010/71275.

STS nº 474/2010, de 17 de mayo, ponente Monterde Ferrer, EDJ 2010/84226.

STS nº 664/2010, de 4 de junio, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2010/153051.

STS nº 687/2010, de 13 de julio, ponente Giménez García, EDJ 2010/145123.

STS nº 854/2010, de 29 de septiembre, ponente Giménez García, EDJ 2010/206712

STS nº 807/2010, de 30 de septiembre, ponente Andrés Ibañez, EDJ 2010/226136.

STS nº 941/2010, de 15 de octubre, ponente Jorge Barreiro, EDJ 2010/241738.

STS nº 1065/2010, de 26 de noviembre, ponente Marchena Gómez, EDJ 2010/284954.

STS nº 21/2011, de 26 de enero, ponente Varela Castro, EDJ 2011/5192.

STS nº 9/2011, de 31 de enero, ponente Soriano Soriano, EDJ 2011/6697.

STS nº 126/2011, de 31 de enero, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2011/16409.

STS nº 214/2011, de 3 de marzo, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2011/30608.

STS nº 192/2011, de 18 de marzo, ponente Varela Castro, EDJ 2011/34690.

STS nº 808/2011, de 15 de julio, ponente Varela Castro, EDJ 2011/155239.

STS nº 846/2011, de 15 de julio, ponente Granados Pérez, EDJ 2011/155287.

STS nº 1218/2011, de 8 de noviembre, ponente Granados Pérez, EDJ 2011/280646.

STS nº 1154/2011, de 10 de noviembre, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2011/283564.

STS nº 167/2012, de 1 de marzo, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2012/44803.

STS nº 168/2012, de 14 de marzo, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2012/48547.

STS nº 255/2012, de 29 de marzo, ponente Soriano Soriano, EDJ 2012/79404.

STS nº 580/2012, de 10 de julio, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2012/154683.

STS nº 595/2012, de 12 de julio, ponente Ramos Gancedo, EDJ 2012/154679.

STS nº 617/2012, de 17 de julio, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2012/161124.

STS nº 774/2012, de 25 de octubre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2012/228174.

STS nº 1010/2012, de 21 de diciembre, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2012/303013.

STS nº 1059/2012, de 27 de diciembre, ponente Varela Castro, EDJ 2012/310484.

STS nº 13/2013, de 17 de enero, ponente Monterde Ferrer, EDJ 2013/2724.

STS nº 66/2013, de 25 de enero, ponente Jorge Barreiro, EDJ 2013/7025.

STS nº 188/2013, de 22 de febrero, ponente Varela Castro, EDJ 2013/30002.

STS nº 220/2013, de 21 de marzo, ponente Conde-Pumpido Tourón, EDJ 2013/32657.

STS nº 632/2013, de 17 de julio, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 2013/150014.

STS nº 701/2013, de 30 de septiembre, ponente Marchena Gómez, EDJ 2013/197223.

STS nº 981/2013, de 23 de diciembre, ponente Martínez Arrieta, EDJ 2013/261174.

STS nº 1075/2013, de 28 de diciembre de 2012, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2012/317083.

STS nº 215/2014, de 6 de febrero, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2014/21323.

STS nº 127/2014, de 25 de febrero, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, EDJ 2014/25707.

STS nº 389/2014, de 12 de mayo, ponente Palomo del Arco, EDJ 2014/80024.

STS nº 407/2014, de 13 de mayo, ponente Maza Martín, EDJ 2014/140116.

STS nº 609/2014, de 23 de septiembre, ponente Moral García, EDJ 2014/180031.

STS nº 692/2014, de 29 de octubre, ponente Soriano Soriano, EDJ 2014/185301.

AUTOS

ATS nº 344/2002, de 11 de febrero, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2002/51578.

ATS nº 514/2002, de 27 de febrero, ponente Puerta Luis, EDJ 2002/23336.

ATS nº 1880/2003, de 14 de noviembre, ponente Puerta Luis, EDJ 2003/152660.

ATS nº 951/2006, de 8 de marzo, ponente Martín Pallín, EDJ 2006/60542.

ATS nº 626/2007, de 29 de marzo, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2007/23634.

ATS nº 1450/2007, de 20 de septiembre, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2007/177373.

ATS nº 240/2009, de 29 de enero, resolviendo el recurso nº 716/2008, ponente Prego de Olivar y Tolivar, EDJ 2009/13686.

ATS nº 1875/2010, de 7 de octubre, ponente Sánchez Melgar, EDJ 2010/220643.

ATS de 19 de mayo de 2011, resolviendo recurso 20114/2011, ponente Prego de Oliver y Tolivar, EDJ 2011/103755.

ATS nº 296/2012, ponente Marchena Gómez, EDJ 2012/24667.

ATS nº 160/2013, de 17 de enero, ponente Saavedra Ruíz, EDJ 2013/7116.

ATS nº 746/2014, de 24 de abril, ponente Soriano Soriano, EDJ 2014/76917.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SENTENCIAS:

SAP de Teruel de 4 de diciembre de 1993, resolviendo recurso nº 74/1993, ponente Navarro Peña, EDJ 1993/13736.

SAP de León, Sec. 1ª, nº 163/1997, de 5 de noviembre, ponente García Sánchez, EDJ 1997/15854.

SAP de Tarragona, Sec. 2ª, nº 283/1998, de 26 de mayo, resolviendo recurso nº 165/1998, ponente Carril Pan, ROJ: SAP T 609/1998.

SAP de Girona, Sec. 3ª, nº 204/1998, de 5 de junio, ponente García Morales, EDJ 1998/13075.

SAP de Córdoba, Sec. 3ª, nº 39/1998, de 7 de septiembre, ponente Angulo Martín, EDJ 1998/22892.

SAP de Córdoba, Sec. 2ª, nº 25/1999, de 21 de abril, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, EDJ 1999/12410.

SAP Alicante, Sec. 1ª, nº 46/2000, de 3 de febrero, ponente Gil Martínez, EDJ 2000/5680.

SAP de Badajoz, Sec. 1ª, nº 28/2000, de 27 de marzo, ponente Plata García, EDJ 2000/6486.

SAP de Baleares, Sec. 1ª, nº 140/2000, de 30 de junio, ponente Beltrán Mairata, EDJ 2000/43357.

SAP de Barcelona, Sec. 7ª, nº 70/2001, ponente Barrientos Pacho, EDJ 2001/4057.

SAP de Baleares, Sec. 1ª, nº 11/2002, de 4 de febrero, ponente Perelló Jorquera, EDJ 2002/8159.

SAP de Lleida, nº 264/2004, de 26 de mayo, ponente García Navascues, EDJ 2004/89441.

SAP de Girona, Sec. 3ª, nº 156/2005, de 9 de febrero, ponente García Morales, EDJ 2005/38038.

SAP de Tarragona, Secc. 2ª, nº 284/2005, de 21 de febrero, ponente CASAS COBO, EDJ 2005/39543.

SAP Barcelona, Sec. 5ª, nº 700/2005, de 18 de julio, ponente Guinduláin Oliveras, EDJ 2005/327121.

SAP de Huesca, Sec. 1ª, nº 188/2005, de 18 de octubre, ponente Gutiérrez Celma, EDJ 2005/188758.

SAP Barcelona, Sec. 3ª, nº 412/2006, de 7 de abril, ponente Pérez de Rueda, EDJ 2006/291312.

SAP de A Coruña, Sec. 1ª, nº 175/2006, de 5 de mayo, ponente Sánchez Jiménez, ROJ: SAP C 997/2006 - ECLI: ES: APC: 2006: 997.

SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 11/2006, de 17 de mayo, ponente Chacón Alonso, EDJ 2006/104320.

SAP Zaragoza, Sec. 3ª, nº 345/2006, de 23 de junio, ponente Arenere Bayo, EDJ 2006/287097.

SAP Guipúzcoa, Sec. 1ª, nº 312/2006, de 26 de septiembre, ponente Maeso Ventureira, EDJ 2006/408186.

SAP de Albacete, Sec. 2ª, nº 51/2006, de 16 de octubre, ponente Nebot de la Concha, EDJ 2006/353424.

SAP de Lugo, Sec. 2ª, nº 134/2006, de 28 de noviembre, ponente Fernández Cloos, EDJ 2006/424827.

SAP de Albacete, Sec. 2ª, nº 85/2006, de 7 de diciembre, ponente Nebot de la Concha, EDJ 2006/388392.

SAP de Asturias, Sec. 2ª, nº 276/2006, de 11 de diciembre, ponente Barrio Bernardo-Rúa, EDJ 2006/368517.

SAP de Cáceres, Sec. 2ª, nº 208/2006, de 13 de diciembre, ponente Tena Aragón, EDJ 2006/371255.

SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 36/2006, de 29 de diciembre, ponente Tardón Olmos, EDJ 2006/461736.

SAP Barcelona, Sec. 20ª, nº 50/2007, de 13 de enero, ponente Domínguez Naranjo, EDJ 2007/146726.

SAP de Vizcaya, Sec. 6ª, nº 8/2007, de 15 de enero, ponente Arévalo Lassa, EDJ 2007/28156.

SAP de Tarragona, Sec. 2ª, de 17 de enero de 2007, resolviendo recurso nº 336/2006, ponente Romero Adán EDJ 2007/90717.

SAP de Barcelona, Sec. 20ª, nº 152/2007, de 30 de enero, ponente Orti Ponte, EDJ 2007/29822.

SAP de Madrid, Sec. 17ª, nº 105/2007, de 6 de febrero, ponente Carmena Castrillo, EDJ 2007/63409.

SAP Madrid, Sec. 15ª, nº 57/2007, de 12 de febrero, ponente Quintana San Martín, EDJ 2007/108888.

SAP de Barcelona, Sec. 20ª, nº 154/2007, de 13 de febrero, ponente Ortí Ponte, EDJ 2007/71530.

SAP de Guipúzcoa, Sec. 1ª, nº 40/2007, de 13 de febrero, ponente Maeso Ventureira, EDJ 2007/33937.

SAP de Soria, Sec. 1ª, nº 10/2007, de 19 de febrero, ponente Pérez Flecha Díaz, EDJ 2007/35105.

SAP de Albacete, Sec. 2ª, nº 38/2007, de 20 de febrero, ponente Nebot de la Concha, EDJ 2007/101135.

SAP de Barcelona, Secc. 20ª, nº 196/2007, de 21 de febrero, ponente Pérez Maíquez, EDJ 2007/36597.

SAP de Barcelona, Sec. 20ª, nº 221/2007, de 28 de febrero, ponente Pérez Maíquez, EDJ 2007/36606.

SAP de Barcelona, Sec. 20ª, nº 243/2007, de 6 de marzo, ponente Ortí Ponte, EDJ 2007/36586.

SAP de Granada, Sec. 1ª, nº 151/2007, de 8 de marzo, ponente Rodríguez Valverde, EDJ 2007/74433.

SAP de Barcelona, Sec. 20ª, nº 379/2007, de 12 de marzo, ponente Sotorra Campodarve, EDJ 2007/107024.

SAP de Barcelona, Sec. 20ª, nº 314/2007, de 13 de marzo, ponente Pérez Maíquez, EDJ 2007/107043.

SAP de Barcelona, Sec. 20ª, nº 293/2007, de 22 de marzo, ponente Zabalegui Muñoz, EDJ 2007/36643.

SAP de Vizcaya, Sec. 6ª, nº 299/2007, de 26 de abril, ponente Gil Hernández, EDJ 2007/157988.

SAP Madrid, Sec. 27ª, nº 374/2007, de 30 de abril, ponente Tardón Olmos, EDJ 2007/113573.

SAP de Tarragona, Sec. 4ª, nº 285/2007, de 11 de julio, ponente Sánchez Siscart, EDJ 2007/165075.

SAP de Granada, Sec. 1ª, nº 510/2007, de 24 de julio, ponente Ginel Pretel, EDJ 2007/215186.

SAP de Burgos, Sec. 1ª, nº 178/2007, de 27 de julio, ponente Redondo Argüelles, EDJ 2007/246557.

SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 736/2007, de 24 de septiembre, ponente Rasillo López, EDJ 2007/218794

SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 23/2007, de 27 de octubre, ponente Rasillo López, EDJ 2007/231884.

SAP de Barcelona, Sec. 20ª, nº 945/2007, de 31 de octubre, ponente Zabalegui Muñoz, EDJ 2007/263972.

SAP de Girona, Secc. 4ª, nº 471/2007, de 6 de noviembre, ponente García Morales, EDJ 2007/270025.

SAP de Huesca, Secc. 1ª, nº 224/2007, de 28 de diciembre, ponente García Castillo, EDJ 2007/317311.

SAP de Alicante, Sec. 1ª, nº 78/2008, de 4 de febrero, ponente Gil Martínez, EDJ 2008/49054.

SAP Barcelona, Sec. 5ª, nº 167/2008, de 29 de febrero, ponente Morales Limia, EDJ 2008/42494.

SAP Tarragona, Sec. 4ª, n.º 106/2008, de 17 de marzo, ponente Sánchez Siscart, EDJ 2008/46914.

SAP de Valencia, Sec. 1ª, nº 97/2008, de 3 de abril, ponente Huerta Garicano, EDJ 2008/88972.

SAP Madrid, Sec. 15ª, nº 221/2008, de 7 de mayo, ponente Jorge Barreiro, EDJ 2008/108836.

SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 622/2008, de 2 de junio, ponente González Rivero, EDJ 2008/109859.

SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 1009/2008, de 29 de septiembre, ponente Tardón Olmos, EDJ 2008/327205.

SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 30/2008, de 6 de octubre, ponente Tardón Olmos, EDJ 2008/327226.

SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 4/2009, de 26 de enero, resolviendo el recurso nº 13/2008, ponente Chacón Alonso, EDJ 2009/28981.

SAP Barcelona, Sec. 5ª, nº 777/2009, de 4 de noviembre, ponente Fernández Palma, EDJ 2009/322576.

SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 477/2010, de 18 de junio, ponente Rasillo López, EDJ 2007/208962.

SAP de Zaragoza, Sec. 1ª, nº 374/2011, de 18 de noviembre, ponente Larrosa Ibáñez, EDJ 2011/289459.

SAP de Valencia, Sec. 1ª, nº 611/2011, de 1 de diciembre, ponente Melero Villacañas-Lagranja, EDJ 2011/330202.

SAP Badajoz, Sec.3ª, nº 2/2012, de 9 de enero, ponente Bueno Trenado, EDJ 2012/18878.

SAP de León, Sec. 3ª, nº 33/2012, de 18 de enero, ponente Santos Fernández, EDJ 2012/23496.

SAP de Albacete, Sec. 2ª, nº 27/2012, de 3 de febrero, ponente Martínez-Escribano Gómez, EDJ 2012/21787.

SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 1375/2012, de 13 de diciembre, ponente Pérez Marugán, EDJ 2012/309383.

SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 216/2013, de 14 de febrero, ponente Mata Amaya, EDJ 2013/46920.

SAP de Madrid, Sec. 27ª, nº 791/2013, de 24 de mayo, ponente Tardón Olmos, EDJ 2013/255925.

SAP de Lleida, Sec. 1ª, nº 271/2013, de 10 de septiembre, ponente García Navascues, EDJ 2013/216196.

SAP de Asturias, Sec. 3ª, nº 444/2013, de 10 de octubre, ponente Domínguez Begega, EDJ 2013/201539.

SAP Albacete, Sec. 2ª, nº 35/2014, de 23 de enero, ponente Sánchez Purificación, EDJ 2014/18041.

SAP de Girona, Sec. 4ª, nº 258/2014, de 30 de abril, ponente García Morales, EDJ 2014/143055.

AUTOS:

AAP Valladolid, de 3 de noviembre de 1999, EDJ 1999/43132.

AAP de Vizcaya, Secc. 1ª, nº 474/2005, de 28 de junio, ponente San Miguel Bergaretxe, EDJ 2005/138838.

AAP de Barcelona, Secc. 6ª, nº 301/2007, de 15 de marzo, EDJ 2007/29501.

AAP de Castellón, Secc. 1ª, nº 506/2008, de 19 de septiembre, EDJ 2008/235589.

AAP de Madrid, Secc. 26ª, de 1 de abril de 2009, ponente Arconada Viguera, EDJ 2009/86304.

AAP de Madrid, Secc. 26ª, de 13 de mayo de 2009, ponente Arconada Viguera, EDJ 2009/123619.

AAP de Madrid, Secc. 26ª, nº 2063/2009, de 7 de Octubre, ponente Pereira Penedo, EDJ 2009/312852.

AAP de Barcelona, Secc. 20ª, de 22 de diciembre de 2009, ponente Iturmendi Ortega, EDJ 20097349455.

AAP de Madrid, Secc. 26ª, nº 1256/2010, de 2 de diciembre, resolviendo el recurso de apelación nº 816/2010.

AAP de Madrid, Secc. 27ª, nº 1092/2010, de 13 de diciembre, ponente Romera Vaquero, EDJ 2010/331810.

AAP de Madrid, Secc. 27ª, nº 258/2011, de 28 de febrero, ponente Tardón Olmos, EDJ 2011/54216.

AAP de Madrid, Secc. 27ª, nº 362/2011, de 22 de marzo, ponente Tardón Olmos, EDJ 2011/310511.

AAP de Madrid, Secc. 27ª, nº 472/2011, de 4 de abril, ponente Casado López, EDJ 2011/123292.

AAP de Madrid, Secc. 27ª, nº 1595/2011, de 26 de diciembre, ponente Consuela Vaquero, EDJ 2011/375725.

ANEXO: Textos del Anteproyecto, Proyectos y Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de modificación del Código Penal

Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 11 de octubre de 2012

La **suspensión y sustitución** de la pena queda regulada en los arts. 80 al 88 del CP con la siguiente redacción:

Art. 80: “1. Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la mera imposición de la pena que se suspende resulte insuficiente para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el Juez o Tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1ª) Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.

2ª) Que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia conforme al artículo 127 de este Código.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido.

3. Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la

reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento de las prestaciones a que se refiere el número 1) del artículo 84 de este Código. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los números 2) ó 3) del mismo precepto.

4. Los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

5. Aun cuando no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El Juez o Tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización.

6. En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Art. 81: *“El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el Juez o Tribunal, previa audiencia al Ministerio Fiscal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del artículo 80.1.*

En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años”.

Art. 82: *“1. El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.*

2. El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme”.

Art. 83: *“1. El Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos. No podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados:*

1ª Prohibición de aproximarse a la víctima o a otros miembros de su familia que se determine por el Juez o Tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

2ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando se trate de individuos de los que pueda sospecharse que pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. También se le podrá prohibir establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas.

3ª Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo sin autorización del Juez o Tribunal.

4ª Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

5ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el Juez o Tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

6.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

7ª Participar en programas de deshabituación al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes.

8ª Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

2. Si se hubiera tratado de la comisión de alguno de los delitos tipificados en los Títulos III, VI, VII u VIII y se hubiera cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin

convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en reglas 1ª, 4ª y 6ª del número anterior.

3. La imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1ª, 2ª, 3ª, ó 4ª del apartado 1 de este artículo será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al Juez o Tribunal de ejecución.

4. El control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6ª, 7ª y 8ª del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria. Estos servicios informarán al Juez o Tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6ª y 8ª, y semestral, en el caso de la 7ª y, en todo caso, a su conclusión. Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo”.

Art. 84: *“1. El Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:*

- 1) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.*
- 2) El pago de una multa, cuya extensión determinarán el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión.*
- 3) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión”.*

Art. 85: *“Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el Juez o Tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieren sido acordadas, o el alzamiento de las mismas”.*

Art. 86: *“1. El Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:*

- 1) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión.*

2) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria.

3) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

4) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el Juez o Tribunal, podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el Juez o Tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a sus apartados 2 y 3”.

Art. 87: *“1. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.*

2. En el caso de que la suspensión hubiera sido concedida conforme al artículo 80.5 de este Código, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena sin haber delinquido el sujeto, siempre que se haya acreditado su deshabituación o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.

3. El Juez o Tribunal podrá acordar la revocación de la suspensión y ordenar la ejecución de la pena conforme a lo dispuesto en el apartado 1) del art. 86.1, cuando el penado hubiera sido condenado con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por un delito cometido con anterioridad a la misma. En este caso, la revocación de la suspensión solamente podrá ser acordada si no hubiera transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de

suspensión, y deberá acordarse dentro del plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena.”

Art. 88: *“1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas, previa audiencia del penado, por su expulsión del territorio español.*

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de tres años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el Juez o Tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En este caso, cumplida la parte de la pena que se hubiere determinado, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español.

3. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

4. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

5. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

6. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

7. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

8. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis de este Código”.

En relación al **delito de lesiones** se modifica el art. 147 del CP, que queda redactado como sigue:

- “1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años.*
- 2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de uno a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.*
- 3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle una lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.*
- 4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.*

En relación con el **delito de malos tratos** del art. 153 del CP, se modifica el apartado 1º y se añade un apartado 5º:

- 1.- “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 de este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*
- 5.- En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.*

Respecto el **delito de amenazas**, se añade un apartado 7º al art. 171, con el siguiente contenido:

- “7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.*

El **delito de coacciones** continúa previsto en el art. 172 del CP al que se añade un apartado 3º:

“3. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Se introduce un nuevo art. 172 bis que castiga el delito de matrimonio forzado con el siguiente contenido:

“1. El que con violencia o intimidación grave compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el número anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo”.

Con el art. 172 ter del CP se introduce el **delito de hostigamiento o stalking** con la siguiente redacción:

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que, sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1º La aceche o busque su cercanía física.

2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieren concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

En relación al delito de **malos tratos habituales** se modifica el apartado 2 del art. 173, que queda redactado como sigue:

“2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

**Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995,
de 23 de noviembre, del Código Penal de 4 de octubre de 2013**

La **suspensión y sustitución** de la pena queda regulada en los arts. 80 al 88 del CP con la siguiente redacción:

Art. 80: “1. Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el Juez o Tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1ª) Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2ª) Que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido.

3. Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al

cumplimiento del acuerdo a que se refiere el número 1) del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los números 2) ó 3) del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta.

4. No se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito.

5. Los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

6. Aun cuando no concurran las condiciones 1ª y 2ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El Juez o Tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización.

7. En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Art. 81: “El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el Juez o Tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del artículo 80.1. En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años”.

Art. 82: “1. El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

2. El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme.

No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía”.

Art. 83: *“1. El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos. No podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados:*

1.ª Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el Juez o Tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

2.ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.

3ª Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del Juez o Tribunal.

4ª Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

5ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el Juez o Tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

6.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

7ª Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupeficientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.

8ª Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.

9ª Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

2. Cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del número anterior.

3. La imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª, ó 4.ª del apartado 1 de este artículo será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al Juez o Tribunal de ejecución.

4. El control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.ª, 7.ª y 8.ª del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria. Estos servicios informarán al Juez o Tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6.ª y 8.ª, y semestral, en el caso de la 7.ª y, en todo caso, a su conclusión. Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo”.

Art. 84: *“1. El Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:*

1) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2) El pago de una multa, cuya extensión determinarán el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

2. Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que

con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere el número 2 del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.

Art. 85: “Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el Juez o Tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas”.

Art. 86: “1. El Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

1) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión o con anterioridad al mismo, y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

2) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria.

3) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

4) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. El Juez o Tribunal podrá acordar la revocación de la suspensión y ordenar la ejecución de la pena, cuando el penado hubiera sido condenado con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por un delito cometido durante el período de suspensión o con anterioridad al mismo, y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

En este caso, la revocación de la suspensión solamente podrá ser acordada si no hubiera transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de suspensión, y deberá acordarse dentro del plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena.

3. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el Juez o Tribunal, podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

4. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el Juez o Tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a sus apartados 2 y 3”.

Art. 87: “1. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

2. En el caso de que la suspensión hubiera sido concedida conforme al artículo 80.5, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena cuando hubiere transcurrido el plazo de suspensión de la pena sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, siempre que se haya acreditado su deshabituación o la continuación del tratamiento. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.

3. El Juez o Tribunal podrá acordar la revocación de la suspensión y ordenar la ejecución de la pena, cuando el penado hubiera sido condenado con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por un delito cometido durante el período de suspensión o con anterioridad al mismo, y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

En este caso, la revocación de la suspensión solamente podrá ser acordada si no hubiera transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de suspensión, y deberá acordarse dentro del plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena”.

Art. 88: “1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la

expulsión del penado del territorio español, cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el Juez o Tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado, o se le conceda la libertad condicional.

3. El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el número dos de este artículo.

5. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

6. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

7. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el Juez o Tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte

innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

9. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis”.

En relación al **delito de lesiones** se modifica el art. 147 del CP, que queda redactado como sigue:

“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, atendiendo al medio empleado y al resultado producido, con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de tres meses y un día a doce meses.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de multa de uno a tres meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

El **delito de malos tratos** del art. 153 del CP queda regulado del modo siguiente:

“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a una año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Respecto el **delito de amenazas**, se añade un apartado 7º al art. 171, con el siguiente contenido:

“7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo”.

En relación con el **delito de coacciones** del art. 172 del CP, se añade un apartado 3 con el siguiente contenido:

“3. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, la pena será de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo”.

Se introduce un nuevo art. 172 bis que castiga el delito de matrimonio forzado con el siguiente contenido:

”1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el número anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad”.

Con el art. 172 ter del CP se introduce el **delito de hostigamiento o stalking** con la siguiente redacción:

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1º La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

5. En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.

En relación al delito de **malos tratos habituales** se modifica el apartado 2 del art. 173 y se introduce un nuevo apartado 4:

“2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de una especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2º del artículo 84.

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 21 de enero de 2015

La **suspensión** de la pena queda regulada en los arts. 80 al 87 del CP. Se suprime el art. 88 del CP y la **sustitución de la pena** se prevé en el art. 89 del CP.

Art. 80: “1. Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1ª) Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2ª) Que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.

3. Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del

reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta.

4. Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

5. Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación.

6. En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Art. 81: *“El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el Juez o Tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del artículo 80.1. En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años”.*

Art. 82: *“1. El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la*

sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

2. El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme.

No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía”.

Art. 83: *“1. El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos. No podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados:*

1.ª Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el Juez o Tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

2.ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.

3ª Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del Juez o Tribunal.

4ª Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

5ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el Juez o Tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

6.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

7ª Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.

8ª Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones

físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.

9ª Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

2. Cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del número anterior.

3. La imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª, ó 4.ª del apartado 1 de este artículo será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al Juez o Tribunal de ejecución.

4. El control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.ª, 7.ª y 8.ª del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria. Estos servicios informarán al Juez o Tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6.ª y 8.ª, y semestral, en el caso de la 7.ª y, en todo caso, a su conclusión. Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo”.

Art. 84: *“1. El Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:*

1) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2) El pago de una multa, cuya extensión determinarán el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

2. Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad,

aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.

Art. 85: “Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el Juez o Tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas”.

Art. 86: “1. El Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

1) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

2) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

3) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

4) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el Juez o Tribunal, podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2ª y 3ª”.

4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

El Juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver”.

Art. 87: “1. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente, las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

2. En el caso de que la suspensión hubiera sido concedida conforme al apartado 5 del artículo 80, el juez o tribunal acordará la remisión de la pena cuando hubiere transcurrido el plazo de suspensión de la pena sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, siempre que se haya acreditado su deshabituación o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso, podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.

Se suprime el art. 88 y la redacción dada al art. 89 es la siguiente:

“1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el Juez o Tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena,

en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado, o se le conceda la libertad condicional.

3. El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.

5. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

6. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

7. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el Juez o Tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

9. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis”.

En relación al **delito de lesiones** se modifica el art. 147 del CP, que queda redactado como sigue:

“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años, o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

En relación al delito de **malos tratos** del art. 153 del CP queda regulado con la siguiente redacción:

“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o

persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a una año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Respecto el **delito de amenazas**, se añade un apartado 7º al art. 171, con el siguiente contenido:

“7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere al apartado 2 del artículo 173, la pena será de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior”.

En relación con el delito de coacciones del art. 172 del CP, se añade un apartado 3 con el siguiente contenido:

“3. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere al apartado 2 del artículo 173, la pena será de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo”.

Se introduce un nuevo art. 172 bis que castiga el delito de matrimonio forzado con el siguiente contenido:

”1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad”.

Con el art. 172 ter del CP se introduce el **delito de hostigamiento o stalking** con la siguiente redacción:

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1º La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

En relación al delito de **malos tratos habituales** se modifica el apartado 2 del art. 173 y se introduce un nuevo apartado 4:

“2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por

naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de una especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2º del artículo 84.

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 3 de marzo de 2015

La **suspensión** de la pena queda regulada en los arts. 80 al 87 del CP. Se suprime el art. 88 del CP y la **sustitución de la pena** se prevé en el art. 89 del CP.

Art. 80: “1. Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1ª) Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2ª) Que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.

3. Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del

reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta.

4. Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

5. Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación.

6. En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Art. 81: *“El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el Juez o Tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del artículo 80.1. En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años”.*

Art. 82: *“1. El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la*

sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

2. El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme.

No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía”.

Art. 84: *“1. El Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:*

1) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2) El pago de una multa, cuya extensión determinarán el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

2. Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.

Art. 85: *“Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el Juez o Tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas”.*

Art. 86: *“1. El Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:*

1) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

2) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

3) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

4) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el Juez o Tribunal, podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2ª y 3ª”.

4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

El Juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver”.

Art. 87: *“1. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión*

adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena.

2. No obstante, para acordar la remisión de la pena que hubiere sido suspendida conforme al apartado 5 del artículo 80, deberá acreditarse la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.

Se suprime el art. 88 y la redacción dada al art. 89 es la siguiente:

“1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el Juez o Tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado, o se le conceda la libertad condicional.

3. El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.

5. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

6. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

7. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el Juez o Tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

9. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis”.

En relación al **delito de lesiones** se modifica el art. 147 del CP, que queda redactado como sigue:

“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años, o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

En relación al delito de **malos tratos** del art. 153 del CP queda regulado con la siguiente redacción:

“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a una año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Respecto el **delito de amenazas**, se añade un apartado 7º al art. 171, con el siguiente contenido:

“7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere al apartado 2 del artículo 173, la pena será de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior”.

En relación con el **delito de coacciones** del art. 172 del CP, se añade un apartado 3 con el siguiente contenido:

“3. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo”.

Se introduce un nuevo art. 172 bis que castiga el delito de matrimonio forzado con el siguiente contenido:

”1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad”.

Con el art. 172 ter del CP se introduce el **delito de hostigamiento o stalking** con la siguiente redacción:

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1º La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

5. En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.

En relación al delito de **malos tratos habituales** se modifica el apartado 2 del art. 173 y se introduce un nuevo apartado 4:

“2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de una especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2º del artículo 84.

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

La **suspensión** de la pena queda regulada en los arts. 80 al 87 del CP. Se suprime el art. 88 del CP y la **sustitución de la pena** se prevé en el art. 89 del CP.

Art. 80: “1. Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1ª) Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2ª) Que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.

3. Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del

reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta.

4. Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

5. Aun cuando no concurran las condiciones 1ª y 2ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación.

6. En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Art. 81: *“El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el Juez o Tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del artículo 80.1. En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años”.*

Art. 82: *“1. El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la*

sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

2. El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme.

No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía”.

Art. 84: *“1. El Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:*

1) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2) El pago de una multa, cuya extensión determinarán el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

2. Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.

Art. 85: *“Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el Juez o Tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas”.*

Art. 86: *“1. El Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:*

1) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

2) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

3) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

4) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el Juez o Tribunal, podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2ª y 3ª”.

4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

El Juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver”.

Art. 87: *“1. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión*

adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena.

2. No obstante, para acordar la remisión de la pena que hubiere sido suspendida conforme al apartado 5 del artículo 80, deberá acreditarse la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.

Se suprime el art. 88 y la redacción dada al art. 89 es la siguiente:

“1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el Juez o Tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado, o se le conceda la libertad condicional.

3. El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.

5. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

6. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

7. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el Juez o Tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

9. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis”.

En relación al **delito de lesiones** se modifica el art. 147 del CP, que queda redactado como sigue:

“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años, o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

En relación al delito de **malos tratos** del art. 153 del CP queda regulado con la siguiente redacción:

“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a una año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Respecto el **delito de amenazas**, se añade un apartado 7º al art. 171, con el siguiente contenido:

“7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere al apartado 2 del artículo 173, la pena será de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior”.

En relación con el **delito de coacciones** del art. 172 del CP, se añade un apartado 3 con el siguiente contenido:

“3. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere al apartado 2 del artículo 173, la pena será de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo”.

Se introduce un nuevo art. 172 bis que castiga el delito de matrimonio forzado con el siguiente contenido:

”1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad”.

Con el art. 172 ter del CP se introduce el **delito de hostigamiento o stalking** con la siguiente redacción:

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1º La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

5° Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

5. En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.

En relación al delito de **malos tratos habituales** se modifica el apartado 2 del art. 173 y se introduce un nuevo apartado 4:

“2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de una especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2º del artículo 84.

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

